

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDIC
De
PORTIONE FILIALI
VITRICORVM VEL
NOVERCARVM,

Quam
Occasione l. hac edictali 6. pr. C. de Secund. nupt. & l.
form. Nor. T. 28. L. 8. item T. 33. L. 6. 7. & 9.

DIVINA FAVENTE CLEMENTIA
INDVLTV ET AVTHORITATE
MAGNIFICI

ICTORVM ORDINIS,

in
ALMA NORICORVM VNIVERSITATE
ALTDORFINA,

PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQUE IURE HO
NORES ET PRIVILEGIA DOCTORALIA
rite capeffendi,

Publico ac solenni Eruditorum examini proponit
d. xv. Septembr. MDCCIV.

PAVLVS CHRISTOPHORVS PRENNE
Noricus.



DA DOMINE INCREMENTVM!

PRÆFATIO.



Secundæ nuptiæ, quamvis utroq; Jure, & ab ipso Apostolo permiffæ sint, Rom. VII. v. 2. & 3. I. ad Corinth. VII. v. 39. & I. ad Timoth. V. v. 14. tamen propter suspicionem libidinis & obliterationem memoriæ defuncti minus decentes, & ob id non extra omnem reprehensionis notam positæ reputantur. Sane non tantum mulieres in illis contrahendis sæpius immoderatas atq; intemperantes se ostendunt; sed ipsi patres quoq; non vercalibus instigationibus corrupti, quandoq; maligne circa sanguinem suum judicium ferunt. Hinc leges Romanæ infelicium liberorum commiseratione ductæ, diversis modis has nuptiarum repetitiones constrinxerunt: ut vel plane non, vel rarius saltem & difficilius coirentur, & si omnino cuiquam id placeret, suæ quisq; profusæ liberalitatis erga secundum conjugem frenum haberet. Eò imprimis pertinere puto, quod in famigeratissimo textu l. hac edictali 6. pr. C. de Secund. nupt. sancitum est: Ne, qui ad secunda vota transeunt, in secundum conjugem suum ullo titulo plus conferant, quàm in unum ex liberis prioris matrimonii. Quod idem jus quoniam non tantum in praxi quotidianum usum habet, sed etiam in Illustris Reipubl. Noribergensis Reformatione totidem fere verbis repetitum adparet; non facilè quenquam futurum arbitror, qui miretur, cur inter tot materias hoc præcipuè thema loco Dissertationis Inauguralis mihi excutiendum sumserim: nam & ge-

neraliter in foro versantibus, collectaneis quibusdam ex Jure communi in hoc tam nobili argumento inservire volui, & si nul in dulcissimam patriam meam aliquid exinde emolumenti redundare posse speravi. Hunc igitur conatum meum unusquisq; confido, excusabit. Ad ipsam autem rem quod attinet, omnis tractatio mea ad quatuor Capita revocabitur in quorum primo agetur de Explicatione textus d. l. hac edictali, in secundo de Ampliationibus, in tertio de Restrictionibus, & deniq; in quarto de Usu & Observantia in foro, præcipue Norico. Faxit DEVS, ut in Sui Nominis gloriam omnia cedant feliciter!

CAPVT I.

tradens

*Explicationem textualem
l. hac edictali.*

§. I.



Olent, qui methodicam legum analysin instituere volunt, ab illarum authoribus plerumque exordium ducere, hoc opinor consilio, ut exinde eo melius constet, quantum cuique postea in ipsa adplicatione ponderis & valoris attribuendum sit. Ego verò impræsentiarum nolo juridicis historica miscere: partim enim instituti mei ratio, qua, quantum quidem materiæ prolixitas permittet, brevis esse studeo, id non exigit; partim etiam, qua ratione hoc nostræ constitutioni, quæ sine omni controversia authentica est, aliquid authoritatis vel lucis affundere possit, non intelligo. Si quis tamen in vitam & res gestas Leonis & Anthemii, qui hanc legem tulerunt, curiosius inquirere velit, is adeat inter alios historicos Dan. Hartnacc. Historiam, quam vocat, universalem, Christ. Adami Ruperti Observationes ad Synopsin Besoldianam minorem, Christ. Matthiæ Theatrum historicum &c. Ipsam vero legem quod attinet, est illa omnium judicio insignis, & ex Bartholi opinione perpetuò notanda: quia continet materiam practica-

eticabilem & quotidianam, quantum quævis alia de Corpore Juris, ut inquit Bertrand. *ad b. l. pr.* Non tamen operæ pretium esse duxi, totum illius contextum hîc inferere, sed B. L. ad locum ordinarium, qui est in *Cod. L. V. t. IX.* remitto. Neque etiam singula illius verba enodare animus est, cum constet mihi, non verbum aliquem commentarium, sed disputationem scribendam esse, nonnulla quoque per se plana, adeoque non nimium controversiis obnoxia sint. Tantummodo, quæ explicatione digniora videbuntur, attingam, adjectis ubique melioribus glossis, quas Interpretes hinc inde posteritati reliquerunt. Hoc ut ritè fieri queat, dispiciendum erit de commoda aliqua hujus textus Sectione, quippe accuratius omnia in partibus quam in toto spectare solemus.

§. II.

Omniū autem optima divisio mihi videtur illa, quam faciunt Sichard. & Salycetus *in Cod. ad b. l.* quibus à *pr. usq; ad §. 1.* (nam eatenus saltem, & non ulterius, hac vice illam explicare mihi proposui,) in tres partes præcipuas eam secare placuit, quarum prima incipit à verb: *hac edictali &c.* & durat usque ad verb: *quam observationem &c.* Disponitur in ea, quid servari debeat in bonis propriis secundo nubentium. Dixi notanter *propriis*: nam qualiter ad secundas nuptias transeuntes in rebus, quas lucrati sunt ex priori matrimonio, puniantur, id passim in aliis ll., speciatim verò in proximè antec. l. *generaliter. §. b. t.* dictum fuerat. Secunda pars incipit à verb: *quam observationem &c.* & definit in verb: *custodire censemur &c.* Extenditur verò in hac ad avum & aviam, proavum & proaviam, nepotem & neptem, pronepotem & proneptem, & deinceps cæteros adscendentes vel descendentes, quod in priori illa de parentibus & liberis primi gradus dictum erat. Tertium & ultimum membrum continetur in verb: *Sin verò plus &c.* usque ad finem *pr.* & exhibet remedium, quo, si quid contra præcedentem dispositionem fiat, liberi uti possint, ad tuitionem juris sibi in *b. l.* concessi. Hanc itaque divisionem, uti, tanquam satis accuratam & inter DD. receptam, agnosco, ita, posthabitis aliis, quæ fortè fieri possent, eam in sequentibus §§. observabo.

§. III.

Summa omnium membrorum hæc est: *Maritus aut uxor ad secundas nuptias transiens non potest ullo titulo de bonis suis propriis plus in secundum secundamve conjugem transferre, quam contulit in unum ex liberis prioris matrimonii* &c. quam tamen Glossa hic latius paulo, & ideo accuratius, sic expressit: *Mulier secundo viro vel ulteriori, vel maritus secundæ uxori vel ulteriori, nullo liberalitatis titulo, seu nullo lucrandi pacto vel relicto potest plus conferre, quam uni liberorum prioris matrimonii, & quod ultra reliquit vel donavit pro non scripto habetur, & quicquid in fraudem bujus constitutionis agitur, ipso jure cassatur* &c. Quod ut eo melius intelligatur, formandus erit casus: *Sempronius habet uxorem, ex qua suscepit duos filios. Illa mortua, ducit aliam; moriturus & ipse, testamentum facit, in quo primo filio centum, secundo ducenti, uxori verò trecenti aurei obtigerunt.* Quia integrum patrimonium hic erat sexcentorum aureorum, è quibus singulis filiis centum pro legitima sufficiebant; videtur prima facie dicendum, testamentum hoc nihil iniquitatis aut iniustitiæ in se habere. Sed nihilominus ex l. nostra ab uxore defuncti ducenti aurei revocari poterunt, ut facta æquali eorum inter liberos distributione, primus quidem filius nunc habeat ducentos, (computatis sc. iis, quos ex dispositione testatoris accepit,) secundus trecentos, & noverca eorum centum tantum.

§. IV.

Ex quo nunc aliqualiter quidem, quis h. l. sensus aut intellectus sit, cognoscere possumus: Ut autem ex hoc unico exemplo dato plenum illius conceptum alicui suboriri posse dixerim, tantum abest, ut potius (quia casus tam ratione Sub- & Objecti, quam etiam titulorum, quibus aliquid nimium datur vel accipitur, diversimodè contingere, atque sic mutatis circumstantiis totum jus variare potest,) aliquam quasi regulam præmittere voluerim, de cujus limitationibus & extensionibus in progressu, maximè vero in Cap. II & III., dicendum occurret. Hic interea subjungendum, quod cum *lege hac edictali* ex asse conveniat *Novella 22. c. 27.*, utri-

que

que textui vero videatur ob stare *l. 18. C. d. Donat. ante nupt.*, ubi parens ad secundas nuptias transiens, donationem propter nupt. vel dotem ob prioris conjugis mortem ad se reversam non teneatur servare liberis prioris matrimonii, sed illa tota secundis nuptiis servire potest. Quam objectionem solvunt communiter, ut procedat *d. l.*, si secundò nubens adhuc alia bona habeat præter donationem illam propter nuptias aut dotem, unde liberi tantum, quantum secundus conjux accepit, consequi possint: nam si alia bona non extarent, tunc utique constitutionis nostræ dispositio locum inveniret, ut non nisi virilem portionem ex illa dote vel donatione propter nupt. vitricus vel noverca retinere posset. Christen. *Tr. de Caus. matr. Dissert. 3. Qu. 28. circa fin.* Vel dicendum cum Salyc., *d. l. 18.* intelligendam esse de casu, quo mulier plus vitrico in dotem quidem dedit, sed sine pacto de lucrando.

§. V.

His ita præmissis, nunc ad ipsa verba textus & eorum explanationem me converto. Statim vero à frontispicio illius in verb: *hac edictali*, non videntur Imperatores cum JCtis loqui: dixerit enim aliquis, hanc *l.* non esse edictum, sed rescriptum potius, secundum differentiam, quam inter hæc duo DD. tradunt *ad §. 6. f. d. f. N. G. & C.* Sed salva res est, si dicamus, vel ideo hanc constitutionem edictalem dici, quia in eo convenit cum edicto, quod omnes teneat, & ab illius observantiâ nemo sit immunis. Sic etiam sequentia verba: *in perpetuum valitura*, cum grano, ut ajunt, salis, habito nimirum respectu ad intentionem legislatorum, accipienda sunt, quo intuitu alias quoque generaliter Jus Civ. perpetuum dicitur; vid. quæ habet B. Dn. Lauterb. *in Compend. Jur. tit. de LL. sub lit. C.*, quæ omnia mea facio: ex iis enim facilius erit respondere ad quæstionem, quam vulgo movent: Utrum dispositioni *l. hac edictali* per statutum derogari queat? Affirmandum enim id ex communi sententia existimo, quia hæc *l.* & similes sunt de Jure Civ., quod per statutum mutari posse utique certissimum est: Sicuti plane interdum, quæ Jure Nat. introducuntur, non quidem in totum tolli, varie tamen circumscribi posse credo, cujus rei manifestum exemplum habemus in legitima liberorum, Gail. *L. 2. O. 122. Sib. citt. vid. l. 6. pr. ff.*

pr. ff. d. f. & f. & §. ult. f. d. legit. agnat. tut. in f. verb. non utiq;
 quæ Theophylactus vertit *non omnino*.

§. VI.

Utrum vero expressa hujus l. derogatio necessaria sit, an & tacite ea fieri queat? difficilius paulo est controversiæ, ob Doctorum diversas opiniones. Expressam derogationem multi requirunt, quos vid. apud Heeser. *de Bon. & acqu. conjug. comm. P. 2. Loc. 30. n. 370. sequ.* Communioem & veriore sententiam puto, qua etiam tacite hoc fieri posse creditum est: cum utique sufficere nobis debeat, quomodocunque adpareat de contraria statuentium voluntate, & alias plerumque verba statuti, quæ cum hâc lege stare non possent, plane otiosa futura sint, id quod à mente legislatoris alienum esset, vid. Gothofr. *in not. ad b. l.*, qui multa elegantia congeffit, Stephan. Gratian. *Discept. Forens. Concl. 2. & 3.* Numquid vero statutum, deferens dotem secundo viro, censeatur constitutioni hujus l. derogare, & quid quoad legitimam habendum sit? de eo paulo inferius in hoc Cap. commodius dicetur. Illud verò, ut certissimum hîc loci suppono, l. nostram non posse per privatorum conventiones aut pacta immutari, aut illi renunciari, Klock. *Tom. 2. Conf. 70. n. 57.* frustranea namque foret alioquin illius prohibitio, si indistinctè nuptias reiterantibus paciscendo aut renunciando contra eam venire liceret. Accedit, quod favor, quem continet, non in matris aut patris ad secunda vota convolantis, sed liberorum prioris matrimonii beneficium sit introductus, quibus proinde parentes suâ, ne quidem juratâ, conventionem nocere debent: quia nec res inter alios gesta alteri præjudicare, nec juramentum Contractum in præjudicium tertii confirmare debet, *vid. cap. quamvis. d. pact. in 6. cap. 19. & 23. ff. de jurejur. l. f. C. de non num. pec. ibiq; DD.*, in specie Gail. *Lib. 1. Obs. 40. n. 12.* Heeser. *P. 2. Loc. 30. n. 286. & 372.* ubi reprobendam quoque ducit illam conventionem, qua pactum initum est ab uxore cum secundo marito de lucranda dote, existentibus, ut casus noster fert, liberis prioris matrimonii: Quia de re tamen infra ex professo in Cap. de Ampliationibus.

§. VII.

Ut autem dispositio l. hac edictali procedere possit, requiritur, liberos, in quorum præjudicium mater marito, aut pater uxori

uxori aliquid nimium dedit, ex legitimo toro natos esse, quod indicat verbum *matrimonio*. Illo enim absolute posito non possunt non legitimæ saltim nuptiæ intelligi, & ita accipienda *l. 9. pr. C. d. Secund. nupt. l. f. in f. eod.* Cessabit igitur hoc privilegium sive beneficium in liberis ex illicito coitu procreatis. Unde, si quæratur: an non naturales liberi sub dispositione h. l. comprehendantur? hodie certe eos non comprehendi in propatulo est: quia concubinatus æque ac alia quævis illicita conjunctio prohibetur in *Reform. Polit. de Anno 1530. & 1548. tit. Von leichtfertigen Beywohnungen* &c. De Jure Civ. quidam controversant. Ego, ut paucis hinc quoque meam proferam sententiam, puto, quod nec illo Jure secus statuendum sit, ob multas rationes quas congeffit Hodiern. *ad h. l. Q. 17. n. 3. seqq.* maximè verò ideò: quia in *auth. Licet. C. de natur. lib.* legitima sobole non existente naturales quidem ab intestato in duabus uncis succedunt; sed si legitima conjux adsit, excluduntur; adeoque frustra controversitur, an ei plus quam naturali filio relinqui possit. Et hæc quidem indubiè procedunt in patre, non æque tamen in matre locum invenire posse videntur, quippe cui naturales filii perinde ac legitimi succedunt. Sed nullam tamen singularitatem admittere possum, quia textus refragatur, dum expresse de liberis ex matrimonio natis loquitur, & ideo, cum præcipue ex parte etiam pœnalis, adeoque odiosa sit, extra terminos suos sine sufficiente causa, non facile extendi debet. Quid sentiendum de legitimatis? Sunt alii per rescriptum Principis tales, alii per subsequens matrimonium, (nam tertia species per oblationem curiæ hodie ab usu recessit;) non illis, sed his tantummodo beneficium l. nostræ concedendum arbitror: quia etsi legitimati per rescriptum Principis aliquando veniant adpellatione legitimorum; non tamen veniunt adpellatione legitimorum ex matrimonio natorum. Legitimationis vero quæ per matrimonium contingit, tantus effectus est, ut hoc modo legitimati liberorum naturalium & legitimorum jure, (solo jure primogenituræ excepto,) per omnia gaudeant. v. Hodiern. *d. Q. 17. n. 17. & ib. citt.* Bertrand. *ad h. l. vers. hac edictali &c. n. 5. 6. 7.* ubi, quid circa adoptivos obtineat, & quod nec illis hoc remedium comparatum sit, ostendit.

§. VIII.

Obtinet vero *l. hac edictali* in liberis prioris matrimonii indistincte, sive masculi sint, sive foeminae, nulla penitus attenta sexus differentia: Utrisque enim tantundem ad minimum, quantum vitrico vel novercae, relinquendum est. Pancirol. *Vol. 1. Cons. 133.* idque ex generalitate vocabuli *liberis*, quod in textu extat, colligere est. Neque inter virum & uxorem, quoad hanc poenam nuptiarum repetitioni statutam, discrimen aliquod intercedit, propter verba: *pater matervae*: eadem enim utrobique prohibitionis ratio militat, & sicut mulier ex amore erga vitricum, ita vir persuasionibus novercae ad iniquam & liberis damnosam distributionem bonorum faciendam induci potest. *l. 22. in f. C. d. Adm. tut. l. 4. ff. de Inoff. Testam.* Utrique igitur parenti, quo minus hanc injustitiam committerent, à jure obviam eundum fuit, v. Arnold. Rath. *Tr. d. Secund. nupt. P. 3. Assert. 3. § 37.* qui ex asse tractat quaestionem: an & quatenus poenae secundarum nuptiarum mulieribus constitutae viris etiam communes sint. Plana de cætero sunt verba: *ad secunda vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota*: nam ex iis intelligimus, secundarum nuptiarum mentione venire omnes, quæ non sunt primæ. Perez. *in Cod. r. d. Secund. nupt. statim pr. Christen. de Causis matrim. Dissert. 3. Qu. 27. pr. Mæstert. de Secund. nupt. Qu. 44. num. 4.* Quam ob rem, si quis demortua secunda uxore tertiam duxerit, existentibus ex prima aut secunda illa liberis, sanctio *l. adplicari* poterit.

§. IX.

Quæ de titulis, quibus forte nimium aliquid in secundum conjugem translatum esse dici potest, in textu subjiciuntur, nihil plane difficultatis habent, & ideo non necesse erit, singulos recensere, aut separatim percurrere; videri tamen hic potest Harpprecht. *in Consf. Tub. V. 3. Consf. 35. n. 17. seqq. Mæstert. c. l. n. 5.* Ego in genere observare volui, quod, quia hæc *l.* expressè tantummodo de titulis lucrativis disponit, ad onerosos neutiquam trahenda sit. Gabriel. *Comm. Concl. Libr. 3. Concl. 4. n. 63. § 64.* Brunnem. *in Cod. ad b. l. n. 4. in f.* Pater igitur secundæ uxori, & vice versa mater secundo viro, aliquid vendere, permutare, locare, pignorare

gnorare seu mutuo dare potest: quia pro commodo, quod in aliquem ex his causis transfertur, vicissim æquivalens recipitur. v. Berl. *de Jur. noverc. n. 742. in f.* Cautio tamen hic adhibenda erit, ut monet Heeser. *d. Loc. 30. n. 314. ne*, (sunt verba laudati Authoris,) ejusmodi contractus ineantur fraudulenter & dicis gratia, sub imagine quidem veri oneris, & interim anguis, i. e. donatio sive liberalitas, in herba & actu conjugali lateat, quod inter alia fit, quando res magni valoris exiguo pretio venditur. Berl. *d. l. n. 743. Harppr. c. l. n. 24. in f.*

§. X.

Circa dotis titulum, cujus inter alios in hac periodo mentio injicitur, quædam in specie considerata erunt: I.) enim alicui dubium oriri posset, super eo, quod textus vult: non licere dotis nomine plus in secundum conjugem transferre, quam in unum ex liberis prioris matrimonii &c. Si enim dos constante quidem matrimonio apud maritum permanet, mortua verò uxore ad illius liberos revertitur, uti secundum apertissima jura extra omnem dubitationis aleam ponitur, dixerit aliquis, non esse pœnam, sed potius beneficium pro secundo conjugē, quod ex illa portionem filialem retinere possit, cum sine hac constitutione nihil plane haberet. Pro cujus dubii solutione præsupponendum est, textum loqui de dote non simpliciter data; sed cum pacto lucrativo, de quo infra plenius dispiciam. Extra hunc casum autem, si mulier secundo viro dotem attulisset, reverteretur ea sine omni retento eò, unde venit, uti hoc bene explicant Sichard. *in C. ad b. l. n. 7.* & Heeser. *P. 2. Loc. 30. num. 311. cum Bertrand. ad b. l. vers. hac editali &c. n. 17.*

§. XI.

II.) Expedienda hic est quæstio, quam jam supr. in §. 6. in med, in hunc locum rejeci: quid sc. juris sit, quando nullum quidem pactum lucrativum doti adjicitur; esset tamen statutum, quod mortua uxore vellet maritum dotem lucrari? Anne hoc casu per statutum illud constitutioni l. nostræ derogatum erit? Ita videtur, per ea quæ in c. §. 6. de tacita derogatione attuli: cum præcipuè hæc alienatio dotis in maritum non ex mulieris voluntate; sed ex necessitate, quam statutum imposuit, procedere videatur, in qua alienatione necessaria prohibitionem hanc cessare DD. uno

ore omnes profitentur, *arg. cap. 3. §. de furt.* ut infra in Cap. de Restrictionibus monebo. Enimvero nihilofecius secundum hujus l. dispositionem pronunciandum censeo, non obstante, quod statutum contrarium velle videatur: illud enim ex Jure comm. commodissime restringi poterit ad casum, quo vel primæ tantum nuptiæ contractæ sunt; vel secundæ quidem, nullis tamen ex prioribus istis liberis superstitibus. Ut nunc non dicam, hujusmodi alienationem non bene inter necessarias referri, & eam à muliere eo ipso satis adprobari, dum contra statuti tenorem liberis suis paciscendo non prospexit. Sichard. & Salyc. *ad h. l.* Arnold. Rath. *de Secand. nupt. P. 3. Assert. 10.* Contrarium vero ambabus manibus facile largior, quando statutum marito dotem defert sub hac expressa vel tacita ampliacione: *etiamsi ex priori aut alio matrimonio liberi extent &c.* tunc enim contra voluntatem legislatoris niti non debemus, ut latissime deducit Berl. *c. l. n. 19. 20. & seqq.* quem vid.

§. XII.

III.) Quæritur: An non ad minimum hoc ultimo in §pho præcedente allato casu liberi legitimam deducere possint? intellige, si ex aliis bonis eam salvam habere non possunt. Hac de re tres diversas reperire licet opiniones. Nonnulli pro detractiōe legitimæ senserunt, quos vid. apud Hodiern. *Qu. 6. n. 5. seqq.* quia statutum non potest legitimam tollere; sed aufert solum liberis, quod ex hac l. debetur. Alii sic distinguunt: aut totam dotem ex tali statuto maritus lucrari jubetur, aut partem solum. Priori casu legitimam deduci posse volunt; posteriori vero non æque: quia tunc legitima non tam penitus aufertur, quam quodammodo saltem minuitur, id quod fieri posse affirmavi *in §. 5. in fin.* Multi denique legitimam penitus deduci posse negant, moti imprimis hac ratione: quod statutum interdum totam legitimam tollere possit, si nimirum id fiat ex causa quadam necessaria, qualem hic fuisse volunt hanc: ut viduæ eo facilius inveniant conditionem nubendi. Quorum omnium rationes latissimè enarravit Hodiern. *d. l.* ubi tamen *n. 32.* à prima illa opinione non recedendum putat, ex hoc optimo fundamento: quod tale statutum salva ratione re-cti sermonis bene restringi possit, ut per illud beneficium *l. hac edictali* tantum sublatum, neutiquam vero ob id liberis etiam in legi-

legitima eorum quale quale præjudicium factum esse dici debeat. Et tantum de statuto. An vero ipsa mulier per pactum lucrativum in dote liberis nocere possit, infra in Cap. de Ampliationibus dicam, ceu supra jam promissum.

§. XIII.

Non potest autem secundo nubens secundo conjugii, (sive una sive diversis vicibus, v. Hodiern. *Qu. 8. in f.*) plus conferre, quam filio prioris matrimonii, per verb: *quam filio vel filia, si unus vel una extiterit &c.* Et sic casus est, quo ad secundas nuptias transiens nonnisi unicum filium vel filiam reliquit, ubi æqualis inter illum & vitricum vel novercam distributio fieri debet, non quidem præcise, (nam posset utique majorem portionem, & imo totam hereditatem filius habere, modo pater vel mater hoc vellet;) sed hoc solum dicitur, quod filius ad minimum tantum consequi debeat, quantum habet secundus conjux. Quale verò jus observetur, si plures liberi ex priori matrimonio adsint, hac distinctione expediendum est: Aut singulis liberis æquales portiones datæ sunt, aut inæquales. Priori casu clarum est, non posse secundum conjugem plus retinere, quam unusquisque liberorum accepit, qui casus habetur in verb: *Quod si plures &c.* usque ad verb: *novercam transferri* inclusive. De altero casu, ubi inæqualis inter liberos dispositio facta est, prospicit textus plenissime in verb: *Sin autem non ex æquis &c.* usque ad verb: *data fuerint aut donata.* Nimirum videndum est tunc, cui ex liberis omnium minimum relictum, & secundum illius portionem postea reducendum id, quod secundo conjugii plus datum est: iniquum enim putarunt jura, vitricum vel novercam plus habere, quam unumquemque liberorum.

§. XIV.

Itaque respiciendum erit semper ad eum, qui minimam portionem accepit. Harppr. in d. *Cons. 35. n. 11. 12. 13. & seqq.* Utrum verò filius vel filia minorem, quam secundus conjux, portionem habeat, ab effectu æstimabitur. Paucis me expediam. Inspicienda est quantitas, non quota hereditatis, ut, si filius v. g. in universo quidem heres institutus esset; sed quoad commodum parum consequeretur, (quia fortè hereditas legatis exhausta, aut magno

æri alieno obnoxia reperitur,) non posset secundus maritus aut secunda uxor ultra quid habere, quam percipit filius quoad commodum. Gabriel. *Lib. 3. Concl. 4. n. 10.* Heeser. *d. Loc. 30. n. 294. junct. n. 245.* Brunn. *ad b. l. n. 4.* & Salycet. *ad eand. Qu. 10.* Illud hic admonendi sumus, spectari hanc æqualitatem vel inæqualitatem ex tempore mortis parentis nuptias reiterantis; neutiquam verò ex tempore, quo v. g. testamentum conditum vel donatio facta est, id quod certè magnam habet utilitatem, quando ex postfacto vel augmentum aliquod vel diminutio bonorum contingit: nam si fortè secundo conjugii multa data essent, quæ durante adhuc matrimonio chasmate aut alio quovis casu inopinato iterum interirent, ita ut ex tunc vel nihil, vel non pluris aliquid vitricus vel noverca haberet, non possent liberi ex *l. hac edictali* quicquam ab illis revocare. Hoc jus definitum est expressè in *N. 22. c. 28.* v. Heeser. *P. 2. Loc. 30. n. 296.* Sichard. *ad b. l. n. 4.* Perez. in *Cod. tit. de Secund. nupt. n. 18.* Quibus jungantur Christen. *d. Dissert. 3. Qu. 29. vers. porro &c.* Arnold. Rath. *Tr. de Secund. nupt. P. 3. Assert. 5.*

§. XV.

Offert se nobis hic non minus utilis quam perplexa illa controversia: An portio vitrici vel novercæ præcise æqualis esse debeat relicto uni ex liberis prioris matrimonii, licet id sit minus legitima, nulla habita ratione supplementi? Exemplo res clarior erit: Pone matrem filio suo decem dedisse, quæ tamen quoad legitimam illi non sufficiunt, quare sine dubio illius supplementum petere non prohibetur, per *l. 30. pr. C. de Inoff. Testam.* Dubium igitur versatur tantum in eo: Utrum & secundus ille conjux decem duntaxat retinere possit, an amplius aliquid, nempe tantum, quantum filius cum supplemento habet? Multi sunt, qui existimant, vitricum hoc casu contentum esse debere quantitate filio relicta, nulla habita ratione illius, quod supplementi loco petere potest, & fundamentum quærunt in ipso textu *b. l.* & quidem in verb: *cui minor portio derelicta vel donata fuerit &c.* Salyc. *ad b. l. Qu. 7.* Alii putant hoc verum esse, si testator prohibuerit, ne filius supplementum petat: tunc enim, inquiunt, filius supplementum contra voluntatem testatoris habere videtur, adeoque injustum foret, vitricum vel novercam magis accipere, quam filio

filio relictum est. Secus ac si expressa hujus rei prohibitio facta non esset, quasi tunc testator, dum filio partem dedit, integram legitimam dedisse censendus esset. Quidam verò indistincte vitrico integram legitimam concedunt, sive constet, sive non, testatorem supplementi petitionem prohibere voluisse. Denique alii in hanc devenerunt opinionem, ut crediderint, distinguendum esse: utrum filius, cui minus portione sua legitima relictum est, supplementum illius petat, nec ne, attribuentes priori in casu vitrico æquivalens totius legitimæ, posteriori non æque. Atq; sic in tanta sententiarum varietate, quas recenset Hodiern. *Qu. 8.* vix tutò quisquam pronunciabit. Bene tamen consideratis omnibus placet dicere sine omni limitatione aut restrictione, secundo coniugi tantum adjudicari debere, quantum est in legitima filii, computato etiam supplemento, cum Arnold. Rath. *cit. Tr. P. 3. Assert. 15. n. 2.* ubi dicit, olim quidem aliter se sensisse, postea verò hanc opinionem amplecti maluisse, tanquam juri magis consentaneam. Hanc sententiam quoque latè defendit Hodiern. *c. l. n. 17. seqq.* Fachin. *Lib. 3. C. 67.* Sichard. *ad b. l. n. 16.* Heeser. *supr. cit. Loc. n. 263.* Mæstert. *de Secund. nupt. Qu. 48. per tot.* omniumque prolixissime hanc controversiam tractavit Bertrand. *ad b. l. vers. ita tamen Sc. n. 1. 2. 3.*

§. XVI.

Haftenus, puto, abunde explicitum esse, quemadmodum ex *l. hac edictali* revocatio fieri debeat, si filio prioris matrimonii aliquid, licet minus quam vitrico datum fuerit. Nunc paucis quoque considerabimus, quid juris obtineat, si nihil plane filius accepit? quid enim si talis facti species esset: quod mulier haberet duntaxat milite in bonis, eaque omnia secundo marito cum pacto lucrativo in dotem afferret. Sane, quia hic filius nihil omnino accepit, per correlationem alicujus dati non adparet, quemadmodum ratio revocationis ineunda sit. Posset igitur primo alicui videri, filium omnia revocare: quia vitricus tantum solummodo in textu nostro habere potest, quantum in filium à matre collatum est. Jam verò nihil hic accepit, ergo nec penes illum quicquam remanere potest. Posset etiam secundo concludi, filium nihil penitus revocare: quia nihil habet, & tamen expressè textus tunc solum actionem concedit, quando aliquid accepit.

At

At verò utramque hanc argumentationem ut falsissimam rejicio. Et quidem quod filio multo magis in hoc casu remedium legis prodesse debeat, eleganter Gloss. hîc in verb: *di vidi* evincit, ex ratione: quia adpellatione *minus* etiam *nihil* continetur, perinde, ut adpellatione *pluris*, *totum* venire constat. Ut vero vitrico omne commodum auferatur, æquitas abhorret, & finis legislatorum refragatur, qui fuit, ut ad minimum inter secundum conjugem & prioris matrimonii liberos æqualitas servetur. Dico igitur, æquis inter utrumque portionibus bona dividenda esse; aut si ponamus, plures liberos adesse, vitrico tantum concedi debere, quantum singulis ex liberis. v. quæ habet Sichard *n. 11. circa fin.*

§. XVII.

Modò dicta tamen non officiunt, quo minus tali casu maritus vivente muliere habere & administrare possit omnia illa bona in dotem data: hoc enim constitutioni *l. hac edictali* in minimo non adversatur, & liberi, vivente adhuc matre, uti in superioribus demonstravi, nihil juris habent. Petr. Peck. *Tr. de Testament. Conjug. Lib. 2. C. 18. n. 13.* Cæterum quæ supersunt verba: *ita tamen &c. excludunt querelam* in hac prima parte, multa consideratione non indigent, nisi quod Fachin. *Lib. 3. C. 67. in f.* ex his magis adhuc convalidari posse putet, id, quod *in fin. §. 15.* dictum est, in casu, ubi filius minus legitima sua accepit, ad æstimandam portionem secundi conjugis, supplementi quoque rationem ineundam esse. Ex quibus causis verò filius juste exheredari possit, & num præter expressas in jure aliæ quoque similes aut majores admittantur, hic cum nemine altercabor.

§. XVIII.

Tantum de prima parte Sectionis *supr. in §. 2.* propositæ. Sequitur nunc alterum illius membrum, quod quidem uti verbis brevissimum; ita ob perspicuitatem suam non admodum Doctorum contentionibus subjacet, & ferè omnia in illo clara sunt. Nimirum ampliantur in illo hætenus dicta, ut *l. hac edictali* locum habeat non solum in parentibus primi gradus; verum etiam in avo & avia &c. per verb: *quam observationem &c. pro-neptis.* Nam avus meus, qui novercam magnam induxit, tantum

tum mihi debebit, quantum noverca magna ab illo habet, & si quid illa plus acceperit, quam ego, id ab ea perinde per me, tanquam defuncti nepotem, revocari poterit, atque in antecedentibus de primi gradus liberis dictum fuerat. Quod intellige cum Gloss. hic: *Si pater meus prædecesserit*: alias enim, si is adhuc esset in vivis, non ex hac, sed priori parte hujus l. res decidenda foret. Bertrand. *in b. l. vers. quam observationem* &c. n. 2. Hoc autem controvertitur: Utrum, si plures nepotes ex diversis prædefunctis filiis adsint, quod ad beneficium l. *bac edictali* attinet, successio eorum in stirpes, an in capita fieri debeat? Plurimum interesse inter hæc duo, nemo est, qui non videat: quoniam si in stirpes successio computatur, minus, si in capita, facilius & multo pluris revocabunt. Cum vero hic casus maxime Jure patrio dubius olim fuerit, de eo autem in peculiari Cap. infra dicendum veniat; itaque hanc controversiam illi reservabimus.

§. XIX.

Interim hic admonendi sumus, nihil referre, sive nepotes illi vel pronepotes, (adeoque multo magis idem obtinebit in filiis,) emancipati sint nec ne, cui dubio expresse textus occurrere voluit in verb: *Si ve in potestate* &c. *si ve emancipati emancipatæ ve sint*: Quia dispositio l. *bac edictali* fundata est super naturali affectione, quam pater erga filios habere debet, quæ per emancipationem nequaquam tollitur, præcipue postquam Jure Nov. sublata est differentia emancipationis & patriæ potestatis, quoad effectum successionis, ita ut nunc pariter succedant emancipati ac in potestate retenti, N. 118. v. latius de hoc Hodiern. Qu. 16. per tot. Bertrand. *d. vers. quam observationem* &c. n. 1. Ex quo simul intelligitur, agnationis & cognationis jura quoque quoad nostram dispositionem habenda esse pro confusis, cum alias in jure propagatio per masculinum sexum multo majores effectus habuisset, quam illa per fœminas continuata. v. textum nostrum in verb: *ex paterna vel materna linea venientibus* &c. & ad ea Bertrand. c. l.

§. XX.

Ultimum membrum, quod in hoc Cap. explicandum restat, & in textu continetur in verb: *Sin verò plus* &c. usq; ad fin. pr.

exhibet remedium, quo liberi prioris matrimonii, quicquid in illorum præjudicium vitricæ vel novercæ relictum est, iterum revocare possunt, cujus quidem nomen aut expressa adpellatio in textu non invenitur; sed tantum dicitur: quod omne plus istud *tanquam non scriptum neq; derelictum vel donatum aut datum sit, & ad personas liberorum deferatur.* Quare imprimis de genere actionis quærendum. Est autem, quantum ad hoc, unanimis DDrum sententia, quod actio illa sit revocatoria, & nulla alia quam Condictio ex *l. hac edictali*. Christen. *Dissert. 3. Qu. 29. pr.* Cephal. *Lib. 3. Conf. 412. n. 30.* Id quod unusquisque facile mecum concesserit, qui modo considerare velit, omnia Condictiois ex L. requisita hic quoque concurrere: Adest enim hîc obligatio, quam lex nova introduxit & de genere actionis nihil expressit. v. DD. *ad tit. ff. de Condict. ex L.* Ut adeò hoc remedium sequentem in modum definiri posse existimem: quod sit *actio personalis competens liberis prioris matrimonii adversus vitricum vel novercam, ad revocandum id, quod ipsi à matre vel patre plus datum fuit &c.* Dixi, quod sit *actio personalis*: oritur enim ex obligatione *l. hac edictali*. Itaque ante hujus institutionem potuit utique secundo conjugii plus relinqui. Non tamen dubito, quin hæc actio simul sit *in rem scripta*, & hinc contra tertium quoque possessorem obtineat. Heeser. *c. Loc. 30. n. 282.* & ib. cit. Gabr.

§. XXI.

Datur hæc actio non tantum liberis; sed & heredibus eorum. Roland. à Vall. *d. Lucr. Dot. Qu. 47.* Quod admitto, si quidem filius parenti suo supervivat; secus autem esse credo, si præmoriatur. Hodiern. *Qu. 46. n. 21. per tot.* qui idem author in *Qu. 42.* optimis rationibus demonstrat, dari hanc actionem non solum illi ex liberis, cui pater minus, quam secundæ conjugii dedit; verum etiam reliquis, qui tantundem, vel plus acceperunt Heeser. *cit. Loc. n. 264.* & alii. Quid verò de liberis secundi matrimonii dicendum, an & illis competit hujus l. Querela? Fingamus enim mulierem, quæ habet filios ex priori matrimonio, transisse ad secundum, dedisseque dotem cum pacto de lucrando simpliciter. Cum decederet, relictis liberis non tantum ex priori illo, uti dixi;
verum

verum etiam ex hoc secundo, quæritur: an tam secundi quam primi admittantur? Et primos quidem revocationem instituere posse constat: quia illis mater per transitum ad secunda vota injuriam fecit; sed de liberis posterioris matrimonii dubitatur. Dependet autem hujus rei decisio ab hac quæstione: Utrum, si mulier primo viro nupserit & omnia dederit in dotem cum pacto de lucrando; postea verò moriatur, relictis ex illo viro quibusdam liberis, hi liberi à patre aliquam partem avocare possint? Non credo hic ulla ratione *CondiCTIONem l. hac edictali* obtinere posse: quia locum habet tantum, quando secundæ nuptiæ contractæ sunt, non primæ. Quid verò de *Querela Inofficiosa Dotis* dicendum erit? Plurimi in hac quæstione responderunt, quod nec hoc remedium locum habeat: quia in effectu liberorum nihil interesse potest, siue revocatio illis concedatur, siue non: Si quid enim iis revocare permissum esset, id omne se haberet ad instar peculii adventitii, in quo patri ususfructus competeret. Jam verò tantum etiam consequuntur denegata illis revocatione: quia omnem dotem pater illis reservare tenetur quantum ad proprietatem, usufructu solum sibi concessio, uti in *auth. Uxore C. de Secund. nupt.* clare disponitur. Salycet. *ad b. l. hac edictali n. 3. Qu. 4.* Ex quibus omnibus nunc ad priorem illum casum concludi potest, quod liberi posterioris matrimonii quidem statim & ipso actu post matris mortem nihil revocent; eorum tamen hæc consideratio habenda sit, ut prioris matrimonii liberi ex *l. hac edictali* agentes, consequantur tantò minus, quanta esset rata liberorum posterioris conjugii, si in continenti & ipsi revocationem instituere possent. v. Salyc. *c. loc. & ibi allegg.*

§. XXII.

Subjectum Passivum dixi constituere vitricum aut novercam. Et quidem planum id est, quando res, quam supra quantitatem prædictam acceperunt, adhuc penes eos existit; sed si v. g. donata in rebus mobilibus aut pecunia consistant, & à vitrico consumpta sint, quæritur: an liberi hæc ab illo vel ejus heredibus repetere possint? Dubitationem hoc recipit ex eo, quod *Condictio* ex *l. hac edictali* sit in rem scripta, quæ proinde re peremta non videtur exerceri posse; & quod vitricus tali in casu non sit locupletior, dum forte nihil ex ea pecunia sibi comparavit. Imo hanc quæstio-

nem in terminis quidam decisam esse volunt *in l. 5. pr. C. de Secund. nupt. in verb: ab heredibus ejus exigent, qui eas servare debuerant.* Non igitur dari, inquiunt, hanc actionem contra vitricum vel novercam illorumve heredes; sed contra heredes patris vel matris. Non tamen has & similes rationes tanti facio, ut à contrario mihi recedendum putem, siquidem omnino existimo, vitricum vel novercam ad restitutionem teneri: quia ex prohibitione l. nostræ, potissimum verò ex illius verb: *tanquam non scriptum neq; derelictum vel donatum aut datum sit &c.* Sine cujusquam contradictione constat, dominium illius ultra quantitatem laudatissimam non esse in secundum conjugem translatum; ut non videam, cur per rei consumptionem actio sublata esse debeat, præcipue cum vix negari possit, secundum conjugem hic in m. f. esse, dum pecuniam illam ad alium pertinere scivit aut saltem scire debuit, adeoque res pro extante habenda. Quamvis, si credendum Hodiern. *Q. 44. n. 24.* parum hic intersit, sive cum, sive sine dolo vitricus vel noverca possidere desierit; sed sufficere debeat, actum hunc ab initio malum initium habuisse. v. quos ibid. citavit. Nec quicquam obstat *l. 5. C. de Secund. nupt.* Quia in ea contrariæ sententiæ defensores ut certum præsupponunt, quod est in probatione, & probari minimè potest: nimirum lucra prioris matrimonii revera in secundum conjugem translata esse. Est potius ibid. casus, ubi ipsius patris aut matris ad secundas nuptias convolantis culpâ rei interitus accidit: tunc enim eorum heredes conveniri posse, nihil nobis adversatur.

§. XXIII.

Missâ hac controversia progredimur ad objectum, circa quod unum & item alterum expediendum superest. Objectum autem hujus actionis facit omne id, quod secundo conjugi plus datum fuit, quod, posteaquam revocatum, inter liberos prioris matrimonii dividitur, per verb: *ad personas deferri liberorum & inter eas dividi jubemus.* Hoc jus quamvis *in l. 9. C. d. Secund. nupt.* mutatum adpareat, dum ibi dicitur, non solum ad filios prioris matrimonii, sed etiam ad eos, qui ex secundis nuptiis nati fuerint, hoc quicquid est nimii, pertinere, cujus rei bonam rationem adducit Arnold. Rath. *d. Secund. nupt. P. 3, Assert. 12. n. 1.*
tamen

tamen per *Auth. sequ.* Ad eos solos ad Jus antiquum reditum est. Brunnem. *ad b. l. hac edictali n. 2.* Divisio vero inter prioris matrimonii liberos æqualiter fieri debet, non obstante, quod forte inæqualiter à parente instituti fuerint. Heeser. *c. Loc. 30. n. 265.* Gabr. *Lib. 3. Concl. 4. n. 29.* Christen. *Dissert. 3. Q. 29. pr.* & Mæstert. *de Secund. Nupt. Qu. 45. n. 3.* Bertrand. *vers. hac edictali Sc. n. 49.* Quæritur hic & illud: An plus istud inter filios tantum sit dividendum, an & vitrico vel novercæ ex eo portio attribuenda sit? Communior & verior sententia est, nihil deberi vitrico; sed omnia inter solos liberos dividenda esse, quam sententiam propugnat Rath. *c. l. Assert. 13.* & Fachin. *Lib. 3. C. 69.* ubi simul respondet rationi Gloss. in verb: *dividi*, propter quam contrarium amplexa est. Pro priori opinione militat etiam Heeser. *c. Loc. n. 366.* Hodiern. *Qu. 38.*

§. XXIV.

Quemadmodum vero omnis effusa in secundum conjugem liberalitas prohibita est, uti hucusque pluribus probatum dedimus; ita diligenter observare debemus, ne secundo nubentes iustissimam pariter ac æquissimam hanc juris constitutionem dolosa forte machinatione quâdam circumveniant, quod non minus in textu nostro strictè interdicitur in verb: *omni circumscriptione Sc. cessante*, quæ paulo etiam accuratius intuebimur, antequam hoc Caput claudamus. Ex hoc autem fundamento, quod non liceat viro per interpositam personam plus relinquere, inferunt DD. 1.) Quod non possit intuitu, h. e. favore secundi conjugis aliquid pluri relinqui illius amico, multoque minus 2.) illius fratri vel aliæ conjunctæ personæ, aut 3.) illius liberis ex alio matrimonio quæsitis. v. tamen Bertrand. *in b. l. vers. hac edictali Sc. n. 12. verb. secundus casus Sc.* Arnold. Rath. *d. Secund. Nupt. P. 3. Assert. 9.* Joh. Bapt. Cæsar. *Conf. 39. P. 2. n. 53. & multis seqq.* Ex eodem fundamento nonnulli 4.) inferunt, non posse binubam uxorem plus relinquere filiis secundi matrimonii, quàm illis ex priori prognatis, quam controversiam Heeser. sæpius cit. *Loc. n. 177.* multis disputationum involucris expositam esse dicit. Ego ut de ea, salvo aliorum quovis meliore iudicio, meam quoque proferam sententiam, video quidem, non facile certi quicquam hic determi-

nari posse; sed omnia secundum obtingentes casus atque eorum multivarias circumstantias multivariè quoque decidenda esse; fateor tamen, quod, si aliqua sententia eligenda foret, mihi præcæteris magis regularis videatur illa, quâ volunt, nihil impedimento esse, quo minus secundi matrimonii liberis plus quam illis ex priori relinqui possit.

§. XXV.

Potissima ratio, quæ in hanc sententiam me induxit, consistit in eo, quod præsumptio ista, quam multi foveant: *matrem sc. secundi conjugis blanditiis seductam fuisse &c.* omni fundamento destituitur; & datum vel relictum filio secundi matrimonii, sui ipsius, & non patris contemplatione relictum esse probat Hodiern. *Qu. 1. n. 89.* Cui accedit, quod *l. hac edictali*, quæ solum prohibet, plus relinquere secundo conjugis, non sine gravissima causa ad filios ex ea progenitos extendi debeat: quia id non solum nusquam cautum reperitur; sed plane expresse alibi permittitur: ut parentes inter primi & secundi matrimonii liberos, si velint, inæqualitatem inducere, atque sic his plusquam illis relinquere possint, *N. 22. c. ult. pr. Peck. d. Tr. d. Testam. Conjug. Lib. 3. C. 18. n. 10. Arnold. Rath. c. l. Assert. 8.* Maximopere igitur hoc procedet, si in patrem nihil ex donatione illa utilitatis perveniat, ut puta: quia forte jam mortuus, aut ususfructus acquisitio à matre prohibita fuit, quicquid sit de commoditate, quam in specie quoque prohibendam esse statuit Hodiern. *Qu. 3.* cui tamen in hoc alii contradicunt, quos v. apud Heeser. *c. Loc. n. 179.* Idem juris erit, si filius sit emancipatus, vel ad castra peregre profecturus, aut ob studia aliquid à matre acceperit: cum hoc tanquam peculium castrense vel quasi castrense plenissime ad eum spectet, per text. in *l. 3. §. 4. ff. d. Donat. int. V. & U.* Imo dantur adhuc alii casus, quibus mulier sæpius ex prægnante aliqua causa, quæ pro liberis secundi conjugii militat, commovetur, ad plus aliquid illis relinquendum. Heeser. *c. Loc. n. 185.* in quibus proinde etiam remedium *l. hac edictali* prioris matrimonii filiis denegandum erit. Quod idem dicendum, si pater secundas nuptias contraxerit, & liberis exinde natis aliquid amplius contulerit: non tantum, quia tunc minus adhuc præsumi posset, eum secundæ conjugis fa-
vore

vore hoc dedisse; sed & maximè ideò, quod matri nihil ex illa donatione accedat, cum liberi non sint sub illius potestate.

§. XXVI.

In genere tamen actionem concedo, quandocunque constat, secundum conjugem fuisse causam amplioris donationis in posterioris matrimonii liberos collatæ. Heefer. *cit. Loc. n. 192. seq.* & Christen. *de Causis matr. Dissert. 3. Qu. 30.* ubi quærit: quid obtinere debeat in casu, ubi mulier ad secundas nuptias transiens maritum secundum in dimidia parte bonorum heredem instituerat, sub tali clausula: *quod si maritus totam medietatem capere non posset, relinquo illud superflui jure legati filiis meis secundi matrimonii?* Ad quam quæstionem respondet Joh. à Sande Decis. *Fris. Lib. 2. Tit. 3. Def. 6. ex Bald. Vol. 3. Conf. 146.* istud superflui à liberis prioris matrimonii revocari posse. Sane non dubito, quin verba textus nostri, *omni circumscriptione cessante*, utiliter hic quoque adplicari possint. Nova his oritur quæstio: An si ex donatione, quam mater filiis secundi matrimonii fecit, patri ususfructus acquiritur, tunc statim tota donatio, an verò ususfructus saltem in revocationem veniat? quam explicat Hodiern. *Qu. 4.* qui totum revocari posse probat potissimum *ex l. 49. ff. de Donat. int. V. & II.* Elegans denique est controversia: An dispositio *l. hac edictali* in filiis secundi matrimonii nascituris, (nam hucusque vidimus de natis,) & in rebus illis donatis procedat? Quoniam tamen non una responsione hæc res expediri potest, sed diversis distinctionibus opus est; adiri poterunt Interpretes, & inter eos Hodiern. *Qu. 2. per tot. Michalor. de Fratribus P. 3. C. 13. n. 123. Harppr. d. Conf. 35. n. 41. 42. 43. seqq. cum Fachin. Lib. 3. C. 66. & Mæstert. d. Secund. Nupt. Qu. 52.*

§. XXVII.

Coronidis loco adjicio, quod cum *l. hac edictali* cumulative concurrat Querela Inofficiosi Testamenti, Inofficiosa Dotis & Inofficiosa Donationis, quibus liberi prius deducunt legitimam, & deinde quoque in reliquo secundum *l. hujus* dispositionem cum vitrico vel noverca divisionem instituere possunt, in casu nimirum, quando filiis à parentibus plane nihil datum fuit. Atque secundum hanc insignem limitationem, quæ superius in §. 16. de æquali

æquali liberos inter prioris matrimonii eorumque vitricum vel novercam divisione faciendâ attuli, intellecta volo cum Johann. Bapt. Cæs. P. 2. Conf. 39. n. 125. seqq. juncto n. 142. Quanquam non desint alii, qui simpliciter ullo in casu liberos præter commodum *l. hac edictali* etiam legitimam præcipuam habere posse, negant; quorum objectionibus tamen plene occursum est ab Hodiern. Qu. 7. per tot. Cephal. V. 3. Conf. 412. n. 30. & Joh. Bapt. Cæsar. c. l. Vitam atque durationem denique hujus ex *l. hac edictali* descendenti actionis quod concernit, præscribitur ea 30. annorum spatium: est enim hujusmodi actus ipso jure nullus, & possidens ex tali titulo, qui habetur pro non titulo, non nisi hoc temporis decursu præscribit. Bertrand. ad b. l. in vers. si verò plus &c. n. 1.

CAP. II.

Exhibens Ampliationes
l. hac edictali.

§. I.

Post explicationem textus, quam hucusque continuavimus, transeundum nobis est ad illius ampliationes, observato ordine in fine Procemii præscripto. Ne vero cuiquam dubium oriri possit, cur hîc speciale Caput de *l. hac edictali* extensionibus faciam, cum tamen illa, quia poenam & odium continet, non nisi restrictiones videatur admittere; præmonere volui, præterquam quod hæc constitutio plurimum quoque favoris in se contineat ratione liberorum, v. Bertr. ad b. l. pr. n. 1. in universum tres reperiri ampliationum species. Interdum enim 1.) ipsi legislatores constitutionem suam ab uno casu ad alium expressè trahunt, de quo genere ampliationum dubium non est, quin valere etiam in odiosis debeat. Exempla habemus in ipso textu, ubi Imperatores, quod de primi gradus parentibus & liberis sanciverunt, etiam in avis & aviis, nepotibus & neptibus &c. obtinere voluerunt. 2.) Dantur ampliationes, quæ quidem expressis verbis in textu non extant, virtualiter tamen & comprehensive in eo continentur: ut puta, quia salvis juris

ris principiis rejici non possunt; de quibus impræsentiarum agere animus est. Denique 3.) aliæ ab analogia & similitudine rationum desumuntur: quando nimirum, quod dicitur de uno, hoc affirmatur etiam de altero, ducto argumento à paritate vel majoritate rationis, quæ subest, de quibus forte verum esse potest, quod, præcipuè in pœnalibus & odiosis, difficilius admittantur.

§ II.

Igitur secundum hanc præmissam distinctionem prima ampliatio *l. hac edictali* esto: quod illius dispositionem olim obtinuisse credam in amasio & concubina: nam si vir aliquis, qui ex defuncta conjugē legitima habebat liberos quosdam, aliam in concubinatum accepisset, non poterat huic concubinæ suæ plus ullo titulo conferre, quam uni ex liberis. Et hæc est communis conclusio DD. quæ quidem apud nos ob concubinatum sublatum vix ullam amplius utilitatem habet; ne tamen antiqua penitus ignoremus, comprobari potest ex hac ratione: quia alias secundi conjuges legitimi deterioris fuissent conditionis, quam concubinariis. Quis vero aliquid arbitretur tribuendum his, cum etiam illis, qui jure secundas nuptias contraxerunt, nihil privilegii sit, ut in simili inquirant Impp. in *l. 7. inf. C. de Revoc. Donat.* Facit, quod pœnæ in odium secundo nubentium introductæ contraviventem in concubinatu quoque obtinuerint, juxta Bartol. in *d. l. 7. & alios per l. 3. §. 1. ff. d. Donat. int. V. §. 11. & N. 39. c. 2. inf. jungatur Hodiern. Qu. 20. per tot. & Bertrand. in b. l. pr. n. 14. seqq.* ubi simul ad contraria respondent. Deinde extendunt *l. hac edictali*: ut locum habeat in casu, quo tempore factæ dispositionis nullum quidem adhuc dum subest matrimonium, postea tamen sequitur, Heeser. *P. 2. Loc. 30. n. 213.* Id quod absque ulla controversia verum erit, si tempore dispositionis suspicio aut plane promissio de futuro matrimonio adsit: alioquin enim perfacile constitutioni nostræ fraus fieri posset. Unde multo magis idem dicendum erit, si sponsalia legitime interposita fuerint. Et ita super facto consulta respondit Facultas Juridica Tubingensis Anno 1685. *d. 11. Febr. v. Harppr. V. 3. Conf. 35. n. 91.* qui plura adfert pro hac sententia contra Gail. Græv. & Honded. quos citat.

§. III.

Non etiam est dubium, quin constitutio *l. hac edictali* liberis
D prioris

prioris matrimonii prospiciat, si in eorum præjudicium parens secundo coniugi omnium bonorum usumfructum legaverit. Quamvis enim nonnulli hoc disputent ideo, quia non videtur constare posse, plus aliquid an minus hoc in casu datum sit; cum possit utique vitricus vel noverca diu supervivere, possit tamen etiam brevi tempore mori: hæc tamen objectio removeri solet *ex l. notabili. 68. ff. ad L. Falcid.* qua docemur, quomodo tali in facti specie ususfructus æstimari debeat. Nimirum videndum primò, quantus sit singulis annis horum bonorum ususfructus, super quo boni viri arbitrio adhibito facile plus quam certiores fieri possumus. Deinde habenda est ratio personæ illius, cui ususfructus relinquitur, utrum sc. sit jam senex, an vero juvenis adhuc: à prima ætate enim usque ad annum trigessimum semper triginta annorum computatio fiet; ab anno trigesimo autem inspiciendum, quot anni usque ad sexagesimum legatario desint. Tandem post annum sexagesimum indistincte ex quinque annis æstimabitur ususfructus. Qua computatione facta, adparebit utique, an pluris aliquid secundo coniugi datum sit, quam cuiquam ex liberis anterioris conjugii, adeoque an remedium *l. nostræ* adplicari debeat nec ne, Petr. Peck. *de Testam. Conjug. L. 2. C. 18. n. 4.* Heeser. *d. l. n. 246. seqq.* Hodiern. *Qu. 21. per tot. & quos longa serie allegavit n. 2.* Dissentit Gabriel. *de Secund. Nupt. Conclus. 4. Limit. 20. n. 79. & ibi cit.* quorum fundamenta tamen non sunt magni momenti, & ad ea jam antea sufficienter responsum est.

§. IV.

Ut adeo à communi & meliori opinione non tantum non recedam; sed inde consequenter ulterius inferam: non posse ante dictam æstimationem semel factam ul' a ex parte amplius retractari, sub hoc prætextu, quod postea contigerit, vitricum vel novercam in eventu magis vel minus ex illo usufructu percepisse, prout nimirum vel diutius vel minus diu vixit, quam *in d. l. 68. ff. ad L. Falcid.* jura præsumunt: nam cum ab initio æquale atque commune fuerit periculum secundi conjugis & liberorum prioris matrimonii, ita ut ex utraque parte succedere & non succedere potuerit damnum, nulla læsio ob illa, quæ ex postfacto eveniunt, hic in considerationem veniet, *arg. l. 11. C. d. Transact. & l. 17. C. de Usufr.* Quare nec cautionem ullam usufructuario à liberis, nec vice

vice versa ab illo his ex necessitate præstandam, agnoscere possum, prout Cavalcan. *de Usufr. Mulier. relict. n. 225. circa fin.* sed minus rectè, existimavit, *arg. l. 73. §. 1. in f. ff. ad L. Falcid.* Nam ibi longe alius casus est, & alia ratio decidendi. Non tamen ideo negaverim, talem cautionem adhiberi posse in usufructus computatione, si partes voluerint; sicuti plane concedo, quod interdum contingere possit, ut ne quidem secundum *d. l. 68. ff. ad L. Falcid.* computatio usufructus fieri debeat; quod eveniet, si vitricus vel noverca ante æstimationem factam fatis concesserit: quia tunc veritati locus superforet, non præsumtionibus, h. e. attendendum esset, quantum secundus conjux actu ex illo usufructu sibi legato percepit, non vero, quantum probabiliter superstitem aliquem percipere posse in dubio jura præsumunt per text. *l. 55. ff. ad L. Falcid.* cum præcipue talis computatio non sit pro facta habenda absque facto hominis, ut in specie autumat d. Hodierna. *Qu. 33.*

§. V.

Quæ hucusque de legato usufructus dicta sunt, obtinent etiam in legato alimentorum: nam & hoc sub dispositione *l. hac edictali* comprehenditur. Quamquam secus esse credam, si conjux superstes, cui hujusmodi legatum factum est, inopia laboret, & aliunde non habeat, unde vivat: dummodo tale legatum decentia alimenta non egrediatur & liberi prioris matrimonii non sint æque inopes. Quæ omnia boni judicis arbitrio committenda sunt, Peck. *c. l. n. 4. pr.* Difficilior est quæstio: quid sentiendum sit, quando quis secundum conjugem heredem instituit, cum onere restituendi hereditatem alii? Videtur quibusdam talis dispositio nihil in fraudem *l. hac edictali* continere, sed valida esse, ob text. ferè infinitos, quos adducunt, nimirum *l. 22. pr. ff. ad SCtum Trebell.* ubi volunt hunc casum in terminis decisum esse, *l. 16. §. 15. eod. l. 42. ff. d. Leg. 2. l. 57. in f. ff. ad L. Falcid. l. 14. C. de Fideicom. l. 51. d. R. I. l. 49. ff. de Donat. int. V. & l. 27. ff. de Exc. Tut. l. 8. §. 14. vers. eo autem &c. ff. de Inoff. Testam. l. 3. §. 4. ff. de Legat. præstand.* in quibus omnibus acquisitio, (quæ hoc casu fieri videtur à secundo conjuge,) cum effectu, ut nempe acquisitum retineri possit, consideratur. Ego vero etiam hoc in casu remedium *l. nostræ* prioris matrimonii liberis accommodari posse credo.

Quamvis sic distingui velim: Si secundus conjux purè nulla conditione aut nullo die adjecto institutus fuerit, non censebitur dispositioni l. nostræ fraus illata: quia tunc ut nudus minister consideratur, & acquisitio illa momentanea nihil commodi ipsi tribuere potest; secus si sub conditione aut ad certum tempus heres scriptus fuerit, ubi, quia emolumentum quid recipit, facile constitutio juris circumveniri posset, v. omnino l. 49. ff. de Donat. int. V. & II. Etsi priori in casu quoque diligenter inspicienda sit conditio personæ, cui hereditas restituenda: nam si v. g. talis sit, quæ secundo conjugis sanguine aut alio modo conjuncta est, aut in qua nulla meritorum, consequenter nec donationis ratio inveniri potest, omnino legi nostræ fraus illata censebitur.

§. VI.

Dixerit vero aliquis, an non eo etiam in casu, quo simpliciter & statim restituere secundus conjux hereditatem debet, indistincte l. locum habebit, quia indistincte etiam commodum aliquod consequitur propter Trebellianicæ detractionem? Cui dubio respondeo, quod, præterquam quod interdum Trebellianica non deducitur, concurrentibus sc. quibusdam requisitis, quæ vid. apud Hodiern. Qu. 28. n. 29. 30., hîc sermo sit de tali fideicommissio, quod fiduciarius sine Trebellianicæ deductione restituere rogatus est. Ut nunc taceam, hanc quartam non semper portionem filialem superare. Ex hætenus dictis oritur alia controversia, super quâ in utramque partem speciosæ ventilantur rationes. Nimirum quæritur: An ob l. hac edictali, & quæ ex illa competit liberis, revocationem mutetur titulus institutionis? h. e. num vitricus heres institutus, si nimium, quod accepit, ab eo avocatur, mutet titulum institutionis, ita, ut ex herede universali fiat rei certæ legatarius? Puto negativam veriorē esse, ex hac ratione: quod prohibitum non est per d. l. hac edictali secundo nubentibus, ut conjugem suum heredem faciant; sed tantum, ut tali titulo plus in eum transferant, quam in aliquem ex liberis antecedentis matrimonii. Quam sententiam more suo fortiter propugnavit Hodiern. Qu. 29. per tot. quem vid. Nam ut hîc in rationes dubitandi aliorum latius excurram, multitudo eorum, quæ mihi dicenda restant, non admittit. Quare progredior ulterius, ampliando materiam l. hac edictali, ut non evitetur illius dispositio, licet

lieet extraneus aliquis instituatur, & novus conjux tantum substituaturs illi; vel si extraneus ille institutus fuerit, cum onere restituendi secundo conjugi plus, quam ad unum ex liberis pervenit, Gabriel. *cit. Concl. 4. n. 46.* & super hoc ferè abs nemine dubitatum reperi. Ratio autem hæc esse potest: quia persona secundi conjugis recipientis, non restituentis, in considerationem venit, ut inquit Bertrand. *in l. hac edictali. n. 36.*

§. VII.

Competit etiam liberis revocatio ex *b. l. si mater cum secundo viro pactum de lucranda dote iniverit*, quam extensionem *supr. in Cap. I. §. 6. in f.* in hunc locum rejeci, ideoque hîc eam explicandam suscipio: Sunt enim iterum duæ oppositæ Doctorum opiniones. Quidam negant hujusmodi pactum in fraudem legis factum esse; alii contra affirmant. Priores illi maxime hoc fundamento nituntur: quod mulier in tali casu ob causam justam, imò necessariam, ut sc. virum inveniat, hoc pactum ineat, ubi proinde cessare debet prohibitio *l. nostræ*; & quia statutum quoque deferens dotem secundo viro, quamvis extantibus liberis prioris matrimonii, validum est, v. quæ hac de re dixi *supra c. Cap. I. §. 11. & 12.* Quam sententiam comprobant ulterius hac ratione: quod dubium sit, an non mulier supervictura sit marito, quo in casu nullum liberi ex tali pacto damnum sentirent. Jam vero, inquiunt, ubi ex eventu succedere potest & non succedere damnum, nulla læsio consideratur, per ea quæ dixi *in §. 4. b. Cap.* Qui vero contrarium amplexi sunt, his omnibus adductis bene responderunt. Ad primum enim dicunt, non semper necessariam subesse causam in hujusmodi pacto: quia utique mulier etiam sine eo virum alium invenire potuisset. Secundum argumentum nullius roboris esse volunt: quia mulier tantum damnum, nunquam vero lucrum haberet, & mortuo posteriore hoc marito nihil præter suum reciperet. Ad tertium denique non inepte regerunt, argumentum à statuto ad pactum affirmativè non procedere, ut dicere possim: quicquid fieri potest per statutum, fieri etiam potest per pactum; quam illationem falsissimam esse jam ex iis quæ *in Cap. I. §. 6. vers. Illud verò &c.* dixi, constabit.

§. VIII.

Itaque meo judicio hæc secunda sententia priori illi merito præva-

prævalere debet. Non tamen aliter quam sub hac limitatione ei inhaerere volo : Si mulier sine hujusmodi pacto lucrativo non invenisset conditionem nubendi paris dignitatis viro, & donum continentiae non haberet. Ubi tamen dubito, an non ad minimum filiis primi matrimonii per modum Querelæ Inofficiosa Dotis succurrendum sit ex *l. un. C. de Inoff. Dot.* contra Hodiern. *Qu. 5. n. 38.* Cæterum hujus ampliacionis meæ adhuc hanc extensionem facio, ut eam procedere existimem, licet non ipsa mulier secundas nuptias contrahens, sed illius pater eam dotans, tale pactum iniverit, ubi nec refert, sive hic ante dissolutum morte mulieris matrimonium decesserit, sive non, contra Gabriel. *d. Concl. 4. n. 38.* idque ex hoc fundamento : quia & posteriori in casu nulla subest ratio, cur tale pactum subsisteret : cum non ad patrem, sed ad liberos prædefunctæ filia, uti alias in genere, ita & tunc dos reverti debeat. Et hanc quidem sententiam notoria consuetudo jamdudum adprobavit, Brunnem. *in Cod. ad l. 4. C. Solut. matr. in fin.* quicquid in puncto juris illi opponi possit, de quo vid. Salycet. *in d. l. per tot.* Fachin. *L. 3. C. 71.* Perez. *in Cod. t. Solut. matr. Sc.* Quid verò, si pater in primo matrimonio filiam dotaverit, annon tunc in secunda dotatione pactum de lucrando efficaciter adjicere poterit ? Ita putat Surd. *Conf. 255. per tot.* quia tunc pater non ex juris necessitate dotem constituit, adeoque in eo idem, quod in extraneo filia dotem constituyente, obtinere videtur, qui utique pro lubitu pactum lucrativum in gratiam viri adjicere potest. Sed de hujus sententiæ veritate non immerito dubitat Hodiern. *in speciali Qu. 26.* ubi inter alia etiam explicat, quid juris sit, si pater, augendo dotem filia secundò nubenti, pactum de lucrando inierit in præjudicium liberorum prioris matrimonii, & *n. 25.* distinctione ante tradita : an sc. mulier sine dotis augmento condignum virum habere potuisset nec ne, hanc rem decidendam esse probat. Quod idem proinde verum erit in dote plane noviter constituta. Quodsi tamen frater, aut plane extraneus, mulierem dotasset, posset sine controversia tale pactum lucrativum locum habere.

§. IX.

Ampliatur ulterius *l. hac edictali* : Quod procedat, etsi mater filiam posterioris matrimonii dotando liberis prioris conjugii præjudicium

judicium dederit, propter *l. 14. C. de Jur. Dot. & l. 7. C. de Dot. promiss.* in quarum illa mater nonnisi in subsidium ad dotationem tenetur; in hac verò omnino paternum esse officium dicitur, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie: Unde clara videtur conclusio, quod, si mater nulla necessitate cogente filiam dotaverit, hoc omne, tanquam in fraudem legis & ob solius conjugis amorem datum, revocationi subjacere debeat. Hoc tamen verum est, quotiescunque pater est solvendo: secus, si nihil habeat, unde filiae suae dotem det: quoniam enim tunc ipsa mater ad eam constituendam jure tenetur, non potest dici, eam in *l. hac edictali* fraudem commisisse, dum necessitati obtemperavit. Nec quicquam obstabit, quod in Cap. 1. §. 24. & 25. statui, dispositionem *l. nostrae* regulariter cessare in donatione facta secundi matrimonii liberis: Id enim expressè ita restrinxi, ut ipsum pro vero crediderim, nisi ex tali donatione ad ipsum secundum conjugem lucrum redundet: id quod maximè in praesenti casu verificaretur; nam dum patris est, filiam dotare, non posset non maximum illius commodum subversari, si pro eo mater dotem constitueret, eò quod tunc ipse ab hoc onere liberaretur. Et hæc extendit Hodiern. *Qu. 10.* ad dotem à matre pro monachanda filia secundi matrimonii datam: eadem enim subest ratio. Nimirum hæc quoque dos regulariter à patre præstari debet; à muliere verò non nisi in subsidium. Quam ob rem si præter necessitatem, illam dederit, constitutio *l. hac edictali* locum sibi vindicabit, *Gail. Libr. 2. O. 93. n. 16. 17.* qui testatur, argumentationem à matrimonio carnali ad spirituale, etiam ratione dotium, in utroque præstari solitarum, procedere. Simile plane jus obtinebit, quando mater quidem pro filia nullam dotem, sed eleemosynam solum, aut aliquid loco alimentorum, monasterio dedit, nam & illud à liberis prioris matrimonii secundum *l. hac edictali* dispositionem repeti posse, ex antea adducto fundamento rectè concluditur.

§. X.

Quoniam verò hic agimus de dote à matre constituta, an & quatenus ea subjaceat dispositioni *l. hac edictali*; incidere possumus in hanc facti speciem: Mulier dedit omnia bona sua, vel majorem partem illorum, secundo viro in dotem, existentibus ex priori matrimonio liberis, deinde adulterium committit. Cum
sit

fit verissima juris conclusio, virum ob hujusmodi delictum uxoris alias dotem lucrari, quaeritur, an non hoc in casu secus dicendum sit, & an non liberis competere debeat remedium *l. hac edictali*? Non dubito hoc beneficium ipsis concedendum esse, Gabriel *c. l. n. 41.* Bertrand. *in b. l. pr. n. 36. in Qu. 4.* Hodiern. *Qu. 27. per tot.* Fundamentum meum, ex quo facili negotio omnes, quae forte in contrarium fieri possent, objectiones corruunt, quaero in hoc: quia jura quidem volunt, maritum dotem lucrari, sed tantum, quatenus recte constituta & non excessiva est, h. e. in quantum mulier sine praejudicio tertii dotem ipsi dare potuit. Atqui vero non ulterius quicquam maritus capere debet, quam unus ex filiis prioris matrimonii; ergo nec jura ulterius ipsum aliquid lucrari velle praesumi debent.

§. XI.

Nihil quoque liberis prioris matrimonii impedimento est, quo minus salutaris hocce *l. remedio* uti possint, quando moriens eorum pater matri, aut vicissim haec illi, facultatem dedit transeundi ad secunda vota, arg. *l. 38. ff. d. Pact.* ex qua *l. iniquum* foret, si moriturus tali licentia sua, poenam contra secundo nubentem & posteriori conjugii plus relinquentem introductam, in liberorum, adeoque in tertii praejudicium remittere posset: siquidem in hoc passu non tam marito aut conjugii primo, quam illius liberis, jura principaliter favere voluerunt, Mæstert. *d. Secund. Nupt. Qu. 16. n. 2.* ubi doctè ad contraria respondet. Dissent. Christen. *Tr. de Causis matrim. Dissert. 3. Qu. 31.* Quid vero, si ipsi liberi prioris matrimonii, matri aut patri, ad secundas nuptias transenti, consensum suum dederint? Et tunc quoque dispositionem *l. hac edictali* obtinere dixerim: quoniam credibile est, liberos consensisse in has nuptias honoris ac reverentiae gratia, cum praecipue nec dissensu suo eas impedire potuissent; Perez. *in C. t. d. Secund. nupt.* non vero, ut beneficio sibi competenti eo ipso renunciarent. Dissent. hic iterum Christen. *ant. cit. loc.* Gail. *L. 2. O. 98. n. 19.* Sed ampliationem nostram non solum adprobant plurimi alii, verum in specie etiam Hodiern. *Qu. 21. n. 45.* eam ulterius extendit, ut idem adhuc asseverandum affirmet, etiamsi filius fuerit auctor matrimonii, aut cohabitaverit cum vitrico vel noverca, aut eum vel eam dilexerit, aut plane capitulis matrimonialibus

nialibus subscripserit : Licet hoc ultimum ab aliis tunc demum admittatur, si liberi beneficii sibi competentis antea nullam sufficientem notitiam habuerint, aut de illo non sint certiores facti; quoniam alias contra placitum suum & propriam subscriptionem, præcipuè quando majorennæ sunt, venire non possent, Mæstert. *Qu. 57. n. 6. inf.* id tamen etiam alii in dubium vocant. Lauterb. *Exerc. 20. Concl. 5. inf.* quâ de re infra in Cap. III. plenius adparebit.

§. XII.

De hoc verò inter omnes constat, quod ad hunc effectum, ut per consensum liberorum legis nostræ beneficium cesset, omnium & singulorum voluntas requiratur, & nullus, quanquam pro se & quoad suam personam plenissime consentiendo, alteri in minimo nocere possit, Harppr. *Cons. 35. n. 89.* : Sicuti contra nemo quoque dubitare valet, quin hoc remedium ex legitime facta à liberis renunciatione competere desinat : de qua & illius requisitis plura in Cap. sequ. III. videbimus. De consensu Principis, quem mulier secundo nubens impetravit, dubitatur, an non & ille faciat cessare beneficium legis nostræ? Affirmant hoc multi, interque eos Gabriel *c. l. n. 81.* Heeser. *cit. Loc. n. 365.* Sed negativam rectius tueretur Mæstert. *Qu. 58.* non enim potest Princeps jus alteri quæsitum sine ejus facto citra utilitatem vel necessitatem publicam auferre, ut est communis DD. opinio, *arg. §. ult. f. de his qui sunt sui vel al. jur. l. 4. C. d. Precib. Imperat. offer.* vid. Fachin. *Libr. 3. C. 65.* qui idem dicendum esse existimat, etsi mulier, quæ secundas nuptias contraxit, minor sit 25. annis. Et sane, quæ sit lex, quæ ratio contrariarum sententiarum, non adparet; & quæ *ex l. ult. ff. d. Senator. § l. ult. C. si advers. delict.* pro iis corroborandis adducuntur, multa confutatione non egent : quia unusquisque facile agnoscit, utrumque hunc textum de diversis plane materiis disponere, adeoque ex iis ad nostrum casum nihil recte inferri. Quid vero juris est, si filius in patris vel matris testamentum consenserit, in quo, contra formam *l. hac edictali*, secundo conjugii aliquid relictum est? Non dubito, quin hic nova ampliatio procedat, & liberi prioris matrimonii nimium istud avocare queant : quia non tantum omne relictum illud ipso jure nullum est, & filio nihil tempore testamenti facti adhucdum debebatur, ut proinde simplex consensus illius pro renunciatione haberi non debeat; sed

etiam probabile est, ut plurimum liberos hoc beneficium sibi competere ignorasse, & reverentia paterna ductos consensisse, ut proinde ad minimum certioratio præcedere debuisset. Atque hanc assertionem latè probat, removendo quæ in contrarium adduci solent, Hodiern. *Qu. 49. per tot.*

§. XIII.

Et tantum de consensu liberorum prioris matrimonii vel in pacta dotalia, vel in testamentum secundo nubentium, expresse declarato. Videndum nunc est, quid sentiendum sit, si filius à matre heres institutus in testamento, in quo contra dispositionem *l. hac edictali* vitrico pluris aliquid legatum esset, hereditatem adierit sine beneficio inventarii? Gabriel *Libr. 3. Concl. 4. n. 30.* & cum eo quidam alii existimant, tali in casu remedium *l. nostræ* cessare debere, eò, quod propter non confectum inventarium nesciatur, utrum pluris aliquid vitricus acceperit quam filius, & quod alias quoque heres, sine inventario hereditatem adiens, teneatur legatariis & creditoribus etiam de proprio. Sed nihilominus tamen revocationem illius, quod portionem filialem excedit, liberis etiam hoc casu benè concedi posse reor: quia, quicquid contra formam *l. hac edictali* secundo conjugii datur, illud ipso jure nullum est: Jam vero actui à jure taliter improbato non tantum ab ipso agente, sed multo magis ab illius herede contraveniri potest; maxime cum eveniret, ut, si secus diceremus, parentibus facultas daretur, sanctionem *l. hac edictali* circumveniendi, & illius constitutionem fraudulenter evertendi: possent enim semper quidem liberos heredes scribere, interea vero secundo conjugii titulo legati plus relinquere, sperantes, illos, (utpote qui sæpius etiam, sicut alia occasione monui, tale privilegium sibi competere nesciunt,) quandoque omissa inventarii confectione hereditatem simpliciter adituros esse, ut eleganter sentit Hodiern. *Qu. 18. pr.* qui, quamvis postea *n. 33.* in ante citati Gabrielis sententiam magis inclinet, tamen exacte refutatur ab Heeser. *cit. Loc. 30. n. 223. & mult. seqq.* qui respondet ad singulas rationes in contrarium. Cui accedit, quod, ut ipse Hodiern. *n. 37.* limitat suam opinionem, quandoque inventario plane non sit opus, si sc. quid certi in hereditate sit: veluti si mater nihil præter dotem haberet, quo in casu omissio inventarii nihil filiis præjudicio esse posset. Sed quæso, quidni etiam indistincte hoc

hoc jus observetur? nam, etsi non statim adpareat, quid in hereditate contineatur, ubi non in re certâ illa consistit, tamen potest alio modo illius quantitas & exinde resultans læsio probari, ut non opus sit semper ad inventarium recurrere, Heeser. c. l.

§. XIV.

Procedit ulterius *l. hac edictali* dispositio, quamvis parens, qui secundo coniugi plus reliquit, expressè filio injunxerit, ut contentus portione sibi data, nihil ultra petat. Quod rationem habet: ne, si filius tali jussui obtemperare deberet, in parentum arbitrio sit, dispositionem juris pro lubitu irritare, & poenam evitare, quam expresse lex in eorum odium introduxit. Idem obtinere communiter volunt, etsi filius legatum hoc modo sibi relatum simpliciter agnovisset, Gabriel. *Libr. 3. Concl. 4. n. 42. & ib. cit.* Heeser. *cit. Loc. n. 261.* qui ex Fontanell. *de Pact. nupt. regulam* adducit, quâ dicitur: nihil nocere acceptionem illius, quod, quo minus actui alicui interveniat, jure prohibetur. Unde ampliant ulterius hanc materiam, quod beneficium *l. nostræ* liberis concedendum sit, licet renunciarent & quietarent, imo se contentos vocarent, & promitterent, se neque ex testamento, neque ab intestato, aut alia quacunque de causa &c. aliquid petituros, uti latissime defendit Bertrand. *in h. l. §. si verò plus &c. fol. 3. & seq.* specialem enim renunciationem hic exigit, sufficere tamen putat, si ante generalem renunciationem liberi de remedio hoc fuerint certificati. Indubiè autem ex generali renunciatione nullum ratione hujus beneficii damnum liberis evenire potest, si forte tunc temporis parens adhuc viduus sit, & secundas nuptias nondum contraxerit, quippe tunc nihil adhucdum juris, ne quidem ratione spei, liberi habebant.

§. XV.

Procedit ulterius materia *l. hac edictali*, licet, qui secundas nuptias contraxit, voluerit assertioni conjugis fidem habendam esse. Nimirum accidit haud raro, ut secundo nubentes secundis conjugibus suis, administrationem v. g. tutelæ, curæ, vel negotiorum, vel alio quovis modo sumtus aliquos ad eorum arbitrium conferant, & simul liberis prioris conjugii injungant, ut in rationum redditione eorum assertionibus credant: Quo in casu proinde, ne fraus fiat constitutioni nostræ, & circumventionibus

ansa præbeatur, ad hujusmodi præceptum parentum observandum liberi neutiquam adstringendi sunt, sed poterunt arbitrio boni viri reductionem instituere, non obstante, quod vitricus vel noverca talem assertionem suam juramento confirmare velint, quia hoc juramentum ex natura actus, cui adjicitur, æstimandum est, *arg. l. f. C. d. non num. pec.* Idem dicendum foret, si parens, licet jurato, falsus esset, tantum secundo conjugii suo deberi, quantum ex dispositione sua illi obvenit, v. g. si dicat, tantundem sibi in dotem datum fuisse: nam, nisi alio sufficiente modo id probari queat, *l. hac edictali* locum sortitur, Heeser. *cit. Loc. n. 280.* ubi aliam rationem allegat, quæ ad antecedentia quoque optime quadrat: sc. quia, quoties Contractus ratione alterius infirmatur, toties per juramentum coprahentium non potest vires accipere, cum vergeret in alterius detrimentum, quod iniquum foret, & in jure non toleratur, *cap. quamvis de pact. & cap. licet de jurejur. in 6. Harppr. in d. Conf. 35. n. 24. & ib. cit. Gabr. c. l. n. 30.*

§. XVI.

Attingenda hic est illa controversia, de qua DD. pro & contra disputant, occasione statutorum quorundam, foeminas existentibus masculis à successione parentum excludentium, ita ut certa quadam dote contentæ esse debeant. Quæritur enim eleganter simul & utiliter, utrum foemina hoc modo exclusa à successione, exclusa quoque censi debeat à remedio *l. hac edictali*, quando sc. parens in secundum conjugem plus contulit, quam illa ex dispositione statuti dotis titulo accepit? Hac de re fusius scripsit Hodiern. *ad b. l. Qu. 12. n. 67. seqq.* & Bertrand. *ad b. l. vers. si verò plus &c. n. 22.* Pro affirmativa facere videntur sequentes rationes: 1) Quia in hoc casu filia invito patre non potest succedere, haud secus ac si ingratitude commisisset filius, ubi perinde ad remedium *l. nostræ* non esset admittendus, ut in sequ. Cap. videbimus. 2) Quia illæ causæ, quæ de Inoff. excludunt Querelam, sufficere quoque videntur ad excludendum hoc remedium: Jam vero tali filia non datur Querela Inoff. Testam. Ergo &c. 3) Quia sic parens nullam injuriam facit, ex quo fundamento hanc affirmativam amplexus esse videtur Brunnem. *in Cod. ad b. l. n. 4. circa fin.* 4) Quod paria sint extare & non succedere, ac non esse in rerum natura. Placet tamen etiam hic à communiore opinione non recedere,

dere, & negativam tenere cum Fachin. *Libr. 3. C. 68. & Heef. cit. Loc. n. 272.* quod sc. non possit parens secundæ uxori pluris aliquid dare, quam filiæ, utut statuto exclusæ: Quia tale statutum factum non est, nisi in gratiam ab intestato succedentium masculorum: ob illos enim foeminæ exclusæ præsumuntur. Et quamvis extraneo aliquid pluris relinqui posse ideo non negaverim; tamen quoad dispositionem secundo nubentis, vitricum vel novercam longe majore odio leges prosequuntur. Quorsum facit in universum hæc ratio: quod beneficium *l. hac edictali* non fundetur in jure successionis, sed injuria liberis prioris matrimonii illata, cujusmodi aliquid etiam in filiam statuto exclusam committi posse mox in responsionibus ad contraria dicam.

§. XVII.

Ad primum argumentum enim, ab ingrato filio desumptum, respondeo, illud esse nullius momenti, cum utique inter filium, qui invito patri ob proprium delictum non succedit, & filiam sine culpâ suâ à successionem exclusam, magna diversitatis ratio agnosci debeat. Nec secunda objectio plus ponderis habet: Nam licet exclusio à statuto facta, faciat cessare Querelam Inoff. Testam. tamen exinde falso infertur, ergo tollit remedium *l. hac edictali*: alias enim ita quoque quis benè argumentaretur: filius, cui pater legitimam suam reliquit, non habet Querelam Inoff. Testamenti, ergo nec hoc remedium &c. quæ consequentia est falsissima. Differentia igitur quærenda in ipsis harum duarum actionum fundamentis, quæ jam alio in loco indicavi. Tertium fundamentum, quod ex Brunnem. adductum est, salva erga tantum Virum reverentia mea, non possum concedere, quia utique filia injuriam patitur: nam, quamvis hoc in casu nihil ipsi debeatur jure hereditario, præter dotem, quam accepit; tamen restringendum hoc venit: nisi pater novercæ pluris aliquid dederit, tunc enim ad minimum tantum etiam filiæ conferendum erit, quippe quâ affectione pater prosequitur secundum conjugem, cui perinde, uti filiæ, nihil ex necessitate debet, eadem etiam proprium sanguinem suum eum prosequi & natura suadet, & provisio legis exigit, contra quam si committit, injuriam facit. Ultima ratio ex hætenus dictis satis infringitur: Dico enim, quod filia exclusa habenda sit pro mortua, quantum attinet ad successionem jure hereditario competentem,

minimè vero quoad speciale lucrum *l. hac edictali*. Plura de hac controversia habet Hodiern. *cit. Qu. 12.* ubi ab initio tractat hanc quæstionem: num statutum exclusivum fœminarum propter existentiam masculorum etiam verificetur in masculis secundi matrimonii? de qua, quia propositi nostri scopum non attingit, sufficiat hic remissivè dictum esse: jung. interim ad priora illa Mæstert. *de Secund. Nupt. Qu. 49.*

§. XVIII.

Ampliatur ulterius *l. hac edictali*, ut procedat, etsi filius succedat ab intestato in aliquo. Fingamus enim, mulierem omnia fere bona sua secundo marito donasse, modico admodum sibi retento, in quo, postquam mortua est, filius succedit ab intestato. Non adparet, cur tali in casu beneficium legis filio denegandum sit. Nec est bona ratio dubitandi, quam nonnulli adducunt, quod nimirum filius hic nec per ultimam voluntatem, nec inter vivos quicquam acceperit, quod tamen videtur necessarium esse in textu nostro. Nam utique ex ultima matris voluntate, hoc, quicquid est reliqui, filius consecutus dici potest, eo ipso, quod testata non fuerit super eo, in quo filium successurum esse scivit. Deinde competit liberis remedium hocce, ubi omnia vitrico data sunt, quod probavimus in Cap. I. §. 16. & vix à quoquam negatur; ergo competere etiam debet hoc nostro in casu, quamvis concederetur, quod tamen ponitur saltem, filium nihil habere ex dispositione matris, vid. Gabriel *d. l. n. 28.* & Salycet. *ad b. l. Qu. 5.*

§. XIX.

Unicum in hoc Cap. expediendum superest: an sc. parens in præjudicium liberorum prioris matrimonii lucrum acquirendum possit remittere in favorem secundæ conjugis? Qua quæstione hucusque, meo quidem iudicio, difficiliorem non habuimus. Discedunt enim DD. in tres diversas opiniones, quarum singulæ non destituuntur fundamentis. Qui negativam tuentur, eam probant exinde: quod ex tali lucri omissione donatio argueretur, quæ inter virum & uxorem licita non est, potissimum cum hic versemur circa præjudicium tertii, 2.) Quia patris conditio deterior, uxor vero locupletior fieret: Deteriorem autem patris renunciantis conditionem probat *arg. l. 26. §. 1. de Leg. 1.* ubi, si res legata sine culpa heredis apud eum periit, legatarii conditio deterior facta dicitur.

Facit

Facit 3) argumentum ab herede liberti desumptum ex *l. 26. ff. de bon. libert.* nam non potest is renunciare alicui lucro in damnum patroni. Alii contra simpliciter affirmant quæstionem ex rationibus haud spernendis : Et 1) quidem, quia hic casus in terminis videtur decisus in *l. 5. §. 13. ff. d. Donat. int. V. & ll. junct. §. sequ. 14. ejusd. leg.* ubi talis remissio etiam in legato, non obstante, quod dominium illius statim transeat, verificatur ; 2) Quia ex hujusmodi lucro pater non potest locupletior dici, *l. 63. circa fin. pr. ff. ad L. Falcid.* 3) Adprime huc facit *l. 6. pr. ff. quæ infr. cred.* ubi nihil in fraudem creditorum agere videtur, qui, cum possit adquirere, non acquirit, vid. Gothofr. *ad d. l.* 4) Quia, licet secunda conjux exinde locupletior efficitur, quod negari non potest, tamen pater ideo non fit pauperior, cum futurum lucrum non sit in illius bonis.

§. XX.

Tertia opinio, quæ mihi cæteris duabus melior videtur, est eorum, qui sic distinguunt: Aut ex ultima cujusdam voluntate pater adquirere potest ; aut ex Contractu aliquo ab eo adprobato hoc illi defertur. Priori in casu procederet secunda opinio, ut, si v. g. heres institutus sit ab eo, qui vel mulierem illi substituit, vel cui illa ab intestato succedere posset, tunc in favorem uxoris hereditatem non adire h. e. repudiare valeat ; posteriore verò casu fraus facta esse censebitur *l. hac edictali* per renunciationem. Et secundum hanc distinctionem fortè Harppr. *d. Conf. 35. n. 25. seqq.* eam ampliavit, ut procedat in locis, quibus inter conjuges bonorum societas introducta est, quando maximè pater acquæstui conjugali, ex separatim, ut inquit, à secunda uxore exercita vinaria, frumentaria, pecuaria, vel alia quavis negotiatione quæsito, aut quærendo, renunciaverit ; sicuti nec binubus parens eo casu secundum conjugem à solutione æris alieni in societate conjugali contracti, immunem præstare potest, prout bene sentit idem author *d. l.* Secundum hoc discrimen igitur facile nunc erit de superioribus judicare, præcipuè si attendamus, magnam in hac distinctione subesse rationem differentiæ : nam in iis, quæ per ultimam voluntatem nobis obveniunt, ante agnitionem nullum nobis jus propriè sic dictum competit, sed tantum facultas, adeoque facilius renunciatio concedi potest ; secus ac in Contractu, ubi, quia
propter

propter consensum nostrum interpositum ad omne commodum, etiam futurum, plenius & magis radicatum jus habemus, ex illius renunciatione liberi prioris matrimonii revera in damno constituerentur,

CAP. III.

*Annectens Restrictiones**l. hac edictali.*

§. I.

ATque sic vidimus etiam textum *l. hac edictali* in ampliationibus suis; consequens nunc est, ut consideremus quoque præcipuas illius restrictiones: Nam, quoniam hæc *l.* ex parte etiam odiosa est, quatenus nimirum poenam secundo nubentium, & non merum liberorum prioris matrimonii favorem continet; ideo multoties in propriis suis terminis accipienda, atque sic ad casum, de quo loquitur, restringenda venit. Restrigitur itaque primò sine cujusquam contradictione, ad parentes, qui secundas aut tertias &c. nuptias contraxerunt; & sic cessabit, si e. gr. maritus primæ uxori suæ plus aliquid quam liberis ex illa procreatis contulerit, quod facere potest, dummodo his legitima salva sit: Nam, quia primæ nuptiæ neutiquam, uti secundæ, odiosæ, sed potius favorabiles sunt; itaque nec ulla per eas liberis injuria illata, sed potius maximum, quo vix majus esse potest, beneficium datum est, eò, quod mediante hoc matrimonio à summo omnium rerum conditore vitam acceperint, insuperque à matre nihil, ut ex novercæ vel vitrici inductione, mali, sed omnia bona sperare possint. Imo cessat quandoque dispositio *l. hac edictali* in casu secundarum nuptiarum: si nimirum ex priori matrimonio liberi nulli adsint, *l. 3. pr. C. d. Secund. nupt. ibi: quæ susceptis ex priori matrimonio filiis &c.* Ergo non susceptis secus est, *N. 22. c. 22. ibi: Si igitur sine filiis manserint ex prioribus aut etiam ex ambabus nuptiis, nulla perscrutatio circa secundas est, &c. item c. 23. ibi: Siquidem non habeat filios, sine periculo est totum ex hoc &c. & l. 5. pr. in verb. liberis communibus &c.*

nibus &c. C. de Secund. nupt. Idem esset, si liberi quidem adfuerint, sed ex postfacto mortui sint.

§. II.

Non etiam procedit *l. hac edictali*, quando Secundi conjugis & liberorum prioris conjugii æqualis institutio facta est: quia prohibet tantum, ne plurius aliquid conjugii quam uni liberorum detur; cæterum tantundem ipsi relinquere posse, nuspiam interdictum reperimus. Obiter hic inferere volui talem casum: Mulier habens duos filios, nubit alteri, & illi in pactis dotalibus portionem filialem relinquit, quod facere potest, postea unus ex prædictis filiis moritur, quæritur nunc: an tertiam, an vero dimidiam maritus consequatur? Pro dimidia concludit Mæstert. *de Secund. Nupt. Qu. 62.* ex ratione: quia, si ex secundo matrimonio mulier plures filios suscepisset, maritus minus quam tertiam partem accepisset, adeoque, cum minui potuerit illius portio, augmentum quoque ipsi non est invidendum, arg. *l. 10. ff. d. R. J. l. un. §. 4. C. de Caduc. toll. l. 65. §. ult. ff. pro Sec.* Quid vero si uterque filius cum matre diem obierit? Elegans quæstio, quam vide resolutam ab eod. Mæstert. *c. l. Qu. 63.* ubi pro semisse concludit, altera quidem viro, altera vero uxoris cognatis attribuenda: Quod mihi rationabile videtur, quia & alias in dubio mediam viam incedimus, tanquam tutissimam. Quod superest, si dicitur dari liberis revocationem illius, quod contra formam legis vitrico vel novercæ eorum datum est, id semper sub hac limitatione accipiendum erit: si voluerint. Possunt enim interdum jure suo non uti, aut illi renunciare, cum unusquisque, quod in sui favorem introductum est, pro lubitu omittere queat, *l. 46. ff. Gl. 29. C. de Pact.*

§. III.

Circa renunciationem bonorum autem, quæ in filiabus præcipuè usu venit, notandum, quod non sufficiat, illam generaliter factam esse, ad excludendos liberos à beneficio *l. hac edictali*, v. g. si dicatur: renunciari successionibus parentum, &c. licet vel maxime hujusmodi formulæ: *ex quibuscung, causis, tam ab intestato, quam ex testamento, & omni alii legum auxilio &c.* adjiciantur. Quanquam enim tunc aliqui etiam huc juri liberorum renunciatum esse velint; non tamen in illorum sententiam vel ex hac ratione adduci possum, quod illæ formulæ, quales quales

excogitentur. commode explicari possint de renunciatione hereditatis alicui jure successionis deferendæ, à quo jure lucrum illud, quod liberis ex dispositione *l. hac edictali* competit, longe diversum est, cum illis tale beneficium datum constet, non qua hereditibus, sed qua liberis, quod alibi sufficienter exposui. Quare omnino arbitror, vel specialiter huic beneficio renunciandum esse, vel ad minimum plenam certiorationem illius generalem renunciationem præcedere debere, tunc enim demum eundem illi ac speciali renunciationi effectum adscribunt. Quod vero simplex renuntiatio generalis hic non sufficiat, rationis est, quia, ubi aliquid speciali privilegio vel favore alicujus introductum est, id ut specialiter quoque tollatur, necesse est, nec ad id sufficit generalis clausula, ut inquit, & hoc commune DDrum axioma aliquot exemplis illustrat Hodiern. *Qu. 11. n. 112. seqq.* simulque *n. 116. seqq.* ad contraria respondet; jung. Bertrand. *in b. l. vers. si vero plus, &c. n. 7. seqq.* Cæterum posse non tantum filium remedio hujus *l. renunciare simpliciter*, si sc. non tendat in tertii præjudicium; sed plane etiam in fraudem creditorum, auctor est Heeser. *c. l. n. 350.* ibique cit. Fab. *in Cod. Libr. 5. Tit. 5. Des. 11. n. 4.* An renunciatione rite facta à filio, nepotes ex illo, possint uti beneficio *l. hac edictali*? vid. Socin. *Cons. 85. circa fin.* qui putat, quod sic, si filius renunciasset simpliciter & non in fratrum aut patris favorem, Bertrand. *ad b. l. vers. quam observationem &c. n. 3.*

§. IV.

Quæ in textu dicuntur, si quid secundo conjugii plus datum esset, id ad personas liberorum deferri, ea restringenda sunt, ut non statim ex illo tempore, quo v. g. donatio facta est, sed demum post mortem donantis revocatio liberis competat: nam quia ante constare non potest, utrum plus aliquid vitricus vel noverca habeat, nec ne, cum, quod accepit, multis casibus iterum adimi possit, & liberi quoque ante parentes turbato mortalitatis ordine diem quandoque obire soleant; non est iniquum, omne datum interea apud eum vel eam subsistere, præcipue cum nec liberi ante mortem parentis aliquid sibi in iis rebus juris vindicare, nec etiam ullo modo ex tali translatione damnum aliquod sentire possint: Conferatur hic Cap. I. §. 14. *vers. Illud hic admonendi &c. & §. 17.* Gabriel *Libr. 3. Concl. 4. n. 55.* Post mortem parentis vero

extra

extra dubium liberis remedium competit quidem; quaeritur autem utrum totum illud, quod novercae vel vitrico datum est, avocare possint, an vero in tantum solum, in quantum plus quam unus ex illis accepit? Posterius verum est per ea, quae habet Bertrand. *in b. l. vers. si vero plus* &c. n. 2. & hanc communem esse opinionem puto, quamvis Gabriel c. 1. n. 57. non paucos alleget, quibus contrarium placuit. Secundum hanc igitur restringo textum in verb: *tanquam non scriptum, neq; derelictum, vel donatum, aut datum sit* &c. Quae non ita sunt accipienda, quasi omne relictum ipso jure nullum esset; sed tantummodo id, quod portionem filialem excedit, ne alias utile per inutile vitietur. Quod vero donatio vel relictum secundo conjugii usque ad dictam portionem filialem utilis sit, non tantum tota series *l. hac edictali* ostendit, verum inprimis etiam id colligere possumus ex verbis initialibus tertiae partis, quam fecimus, ibi: *Sin vero plus* &c. & mox deinde: *tanquam non scriptum* &c. Christen. *de Causis matrim. Dissert. 3. Qu. 29. pr.*

§. V.

Nihil verò penitus in revocationem veniet, si id, quod plus accepit conjux, cum onere alteri statim restituendi datum est: quoniam enim tunc nihil commodi in eum pervenire potest, nulla quoque legi fraus inferetur, cum statim transeat omne acceptum illud in alium. Secus itaque dicendum foret, si illud longo tempore apud secundum conjugem permanens esset: tunc enim praesumeretur, non simpliciter ratione tertii, sed ipsius quoque intuitu, aliquid datum fuisse; ubi proinde, ne liberis praedjudicetur, interusurium medii temporis in considerationem veniret, quae omnia latius explicata sunt in *Cap. II. §. 5. vers. difficilior* &c. & §. 6. vid. praeterea Peck. *Libr. 2. C. 18. n. 8.* qui aliam adhuc hujus l. nostrae limitationem adfert: quod nempe non procedat, si extraneus quidam mulierem heredem scripsisset, eiq; injunxisset, ut hereditatem secundo marito suo restitueret; Est enim haec obligatio, quam mulier evitare non potest, & alienatio talis inter necessarias refertur, quae à poena *l. hac edictali* liberat: imò, quod est praecipuum, hoc in casu tota liberalitas ex alieno patrimonio proveniret, & liberis non esset damnosa. Ut adeo nunc alias duas limita-

tiones videamus, de quarum veritate apud neminem scrupulus motus reperitur, & à me passim in antecedentibus dictum est, vid. etiam *l. 13. ff. Fam. ercisc. & l. 1. ff. d. Offic. procons. Gabr. d. l. n. 82.*

§. VI.

Dictum fuit in textu, non licere in secundum conjugem titulo donationis inter vivos plus transferre, quam in unum ex liberis prioris matrimonii. Hoc restringendum erit, ut secus sit, in donatione conjugum reciproca, in casum mortis alterutrius plerumque conferri solita. Quam limitationem probo ex *l. 7. §. 2. ff. d. Donat. int. V. & U.* per quam, si vir & uxor æqualem summam pecuniæ sibi invicem donaverint, donatio subsistit. Cum enim tali casu par sit utriusque conditio, & tantum quis det, quantum vicissim habere potest, non adparet, quemadmodum contra formam *l. hac edictali* quicquam admittatur: quia præcipue cessat causa illius impulsiva, sc. præsumtio, donationem ex nimio amore erga secundum conjugem factam fuisse; qualis enim quæso amor arguendus est, ubi, quod unus eorum, id pariter etiam alter alteri promittit? Id quod extendi potest, ut idem obtineat, quamvis alter conjugum post temporis alicujus decursum demum ex sua parte donaverit, nam nec tunc dispositio *l. nostræ* obtinet, aut liberorum aliquod interesse subversatur, propter quod necesse sit illis prospicere. Quod si quisquam velit objicere, agi utique hinc de illorum damno præcavendo, quod eveniret, si eorum parens præmoreretur; is considerare debebit, eadem facilitate secundam conjugem ante parentem mori posse, quo in casu augeretur liberorum patrimonium in tantum, in quantum priori illo, quo noverca superviveret, decresceret: ubi proinde vulgata regula locum invenit, quod nulla læsio consideretur, ubi ex futuro eventu damnum & lucrum succedere potest, de qua jam dixi supra *Cap. II. §. 4. per text. ibid. cit.* Limito tamen 1) hanc sententiam meam, ut reciprocas hujusmodi conjugum donationes valere putem saltem eatenus, quatenus sunt æquales ratione quantitatis: nam si ex una parte forte plus, ex altera minus donatum sit, excessus utique sub *l. hac edictali* prohibitione continebitur; quia considerandus foret ut donatio simplex: 2) Si conjuges essent valde imparis conditionis, utputa si alter eorum esset admodum senex aut valetudinarius, aut plane morbo periculoso jam decumbens;

bens; alter vero juvenis adhuc & sanus: tunc enim itidem donatio tanquam in fraudem legis facta revocari poterit, vid. Hodiern. *Qu. 36. n. 20. & ibid. cit.*

§. VII.

Præter donationes conjugum reciprocas, de quibus hucusque vidimus, sunt adhuc quædam aliæ, quas vocant remuneratorias, quæ, quia minus proprie donationes dicuntur, (sunt enim potius debiti exsolutio & permutatio quasi, ex causa onerosa facienda per *l. 25. §. 11. ff. de Hered. petit.* adeoque ex mera donantis liberalitate non proveniunt, vid. *l. 27. ff. de Donat.*) secundum veriore opinionem etiam sub *l. hac edictali* non comprehenduntur, Matth. Cui. *Tr. de Pact. Libr. 1. C. 6. n. 201.* Sed ut hæc sententia procedat, quædam necessario requiruntur: 1) enim expressa causæ aut meritorum mentio fieri debet, Menoch. *Cons. 112. n. 27.* quia, nisi hæc exprimantur, donatio ex liberalitate mera profecta censeretur: 2) Merita illa probanda sunt, posset enim alias donans facile merita fingere, quæ tamen non subessent, vid. *l. 8. in f. ff. de cast. pecul.* ubi dicitur, quod veritas sit inspicienda, non quod quis finxit, & quod tali in casu donantis assertioni non sit credendum, eleganter evincit *l. 27. ff. de Probat.* Atque hoc secundum requisitum tam necessarium duco, ut non tantum conjecturæ meritorum cum ante dicta expressa mentione eorum concurrentes, sine ulteriori probatione, non sufficiant; sed adhuc idem obtineat eo casu, quo assertio illa juramento firmata est, quicquid in contrarium adferant Mascard. *de Probat. Concl. 184. n. 23.* Balthaf. *ad Jus Bavar. P. 1. T. 1. Resol. 1. n. 116. vers. Et hoc &c.* Quamquam nonnulli etiam distinctionem hic adhibeant inter heredes & creditores, ita ut existiment, priores quidem specificationi meritorum juratæ à parente conscriptæ credere debere, non æque verò posteriores, quam opinionem quoque fovere videtur Hodiern. *Qu. 27. n. 19.*

§. VIII.

Cæterum, quod dixi de meritorum expressa mentione, & eorum probatione, hoc verum est in iis personis, inter quas donationes in jure prohibitæ sunt, in reliquis enim, quia indistinctè iis donari potest, tale quid non requiritur. Deinde observandum, quod, etsi in donatione, quam uxor fecit marito, & hic vice

versa illi, benemerita presentur, tamen non simpliciter donatio valeat, sed tantummodo, quatenus æquivalet benemeritis illis, & ea non excedit, in excessu enim haberetur pro donatione propriè tali, h. e. mere lucrativa, & sic *l. hac edictali* locum reperiret, per ea, quæ in §. anteced. 6. circa reciprocas monuimus. Qualia verò sint illa benemerita, quæ donationem mereri dici possint, de hoc iudex arbitrabitur; cuius iudicio quoque committendum credo, ut ex facti qualitate æstimet, an benemeritum summam rei donatæ excedat, nec ne. Monendum hic est, quod sint, qui existiment, benemerita ita comparata esse debere, ut actionem producant, quorum sententiæ tamen ego non subscribo, quippe quæ communiter ut erronea improbatur ab aliis, specialiter vero eam refutavit Fontanell. *de Pact. ante nupt. Cl. 4. Gl. 7. P. 2. n. 14. & 15.* Et sane, si, quod maritus donavit, uxor petere potuisset actione competente, cur de actus quæstionis (longius enim abest, quam ut donationis nomen mereatur,) validitate quisquam dubitaverit, non adparet.

§. IX.

Ad remuneratorias donationes referunt DD. hanc, quæ fit à senè aut ignobili, uxori juveni aut nobili, aut vice versa à muliere annosa aut ignobili, viro juveni vel nobili, vel etiam, quando deformis uxori pulchræ quicquam donaret; tunc enim asserunt in compensationem ætatis, nobilitatis vel formæ, donationem statim valere, nec subiacere dispositioni *l. hac edictali*, Gail. *Libr. 2. O. 40. n. 8.* Molin. *d. 7. §. 7. Disp. 289. n. 17.* Sed hoc non est perpetuò verum: Nam, posito, quod uxor sit nobilis, maritus vero rusticus quidem, simul tamen etiam bene opulentus, hoc in casu, puto, nobilitas uxoris per divitias viri satis compensata censerì potest, & si quid ultra donatum fuerit, tanquam donatio remuneratoria non subsistet: nisi præter nobilitatem mulier quoque sit pulchra aut juvencula, cum maritus, utut dives, esset deformis vel grandævus; nam tunc divitiæ hujus cum illius nobilitate compensantur quidem, cæterum propter uxoris pulchritudinem vel juventutem & mariti deformitatem aut senectutem, nihilominus talis inter utrumque restat inæqualitas, ut donatio valere possit tanquàm remuneratoria. Quanquam autem alicui videri posset, per divitias viri vulgaris nobilitatem mulieris non compensari, quia

quia post mortem illius, mulier maneret deterioris conditionis, ex eo, quod ignobili nupsit; pro hoc tamen dubio solvendo credo dici posse 1) incertum esse, an non ipsa mulier ante virum moritura sit, ubi proinde talis consideratio supervacua foret, & 2) quod, licet casus, ut mulier supervivat, extaret, tamen, in quantum ex hoc deterior illius status esse potest, in tantum quoque, & non solum ob nobilitatem, per divitias viri rustici compensatio facta censeretur debet.

§. X.

Atque sic firmo stat talo prædicta sententia, quod ad hunc effectum, ut donatio, facta à viro rustico & divite uxori nobili, tanquam remuneratoria valeat, requiratur ulterius vel in viro senectus & in muliere juvenus, vel in hac eximia pulchritudo & in illo deformitas: alias enim ex nuda liberalitate processisse creditur, indeque, si plus importaret, quam liberorum prioris matrimonii quisque accepit, ex *l. hac edictali* revocationi obnoxia esset. Illud quoque bene notandum venit, quod non semper juvenus in uno conjuge remuneratione digna censeatur ex eo, quia forte, ut dixi, alter eorum decrepitæ est ætatis: Quid enim, si juvenis aliquis vetulam duxisset, cum qua gignendæ prolis fere omnis spes evanuit? sane tunc non puto eum tale officium illi præstitisse, in cujus compensationem donatio à muliere facta, legis nostræ prohibitioni exempta videri posset: revera enim hereditati anus tantummodo insidias struxit, quod factum magis odio, quam favore dignum est, Heeser. *d. Loc. 30. n. 333. seqq. & ib. cit.*

§. XI.

Ulterius limitant Doctores *l. hac edictali* ex Dec. *Consil. 246. n. 6.* ut non procedat, si conjux secundus, cui plus datum est, quam uni ex liberis prioris matrimonii, fidejussorem accepit, qui promittat, quod eum in tali nimio conservare velit. Et hujus sententiæ quoque est Gabriel *Concl. 4. n. 71.* & multi alii, qui omnes talem promissionem, promittentem ad interesse efficaciter obligare volunt. Ego vero cum Petr. Peck. *Lib. 3. C. 18. n. 14.* & Heeser. *d. Loc. n. 343.* constanter huic limitationi contradico: quia, quod nimium datum est vitrico vel novercæ, ex *l. nostra* ipso jure nullum est, cujusmodi obligationi, quæ vitio nullitatis laborat, fidejussor ineffaciter adjicitur, qui alias quoque in plus, quam

quam est in principali obligatione, adhiberi non potest, vid. Hering. *de Fidejuss. C. 10. n. 18. seqq. & C. 20. n. 22. per tot.* Et hinc est, quod, si uxor viri creditoribus donationis causa solvere promiserit, & fidejussorem dederit, neque vir liberetur, neque mulier aut ejus fidejussor obligetur, sed secundum Julianum referente Ulpiano in *l. 5. §. 4. ff. d. Donat. int. V. & U.* in omnibus habendum sit, ac si nihil promissum esset. Id quod potissimum in nostræ legis casu verum erit: quia alias constitutioni ejusdem legis fraudes fieri possent, quæ tamen severe in ea prohibitæ sunt in verb: *omni circumscriptio cessante &c.* Circumscriptio autem hic sine dubio interveniret, dum, si fidejussor solvere deberet, donans illi vicissim actione mandati teneretur, atque hic in effectu patrimonium suum in præjudicium liberorum & secundi conjugis favorem diminueret. Igitur hæc aliorum limitatio, mihi potius est ampliatio, adeoque magis ad secundum caput pertinere potest. De ea autem hic agere malui, quia plurimi, uti monitum, ex illa restrictionem faciunt, Heeser. *cit. n. 343. & Gabriel c. l.*

§. XII.

Non obtinet quoque remedium hujus 1. in liberis ingratis; illi namque, sicuti legitima sua portione, quæ tamen ex Jure Nat. ipsis debetur, indigni reputantur, ita vel maximè etiam hoc beneficio carebunt: pertinent huc verba textus: *nisi ex his causis, quæ de inofficioso excludunt querelam &c.* Et ne quis putet, ex *l. hac edictali* parentibus necessitatem imponi, liberis suis, quamvis inobsequiosis, tantum relinquendi, quantum secundo conjugii datum est, gloriosissimus Justinianus hunc casum expresse excepit in *l. 10. C. de Secund. Nupt.* ex hac optima ratione; quia alias liberi, si scirent, omnimodo sibi à genitoribus suis, etiam invitis, aliquid relinquendum esse, omni licentia & lascivia parentes injuria afficerent, quod esset iniquitatibus & ingratitude ansum dare, Arnold. Rath. *Tr. d. Secund. Nupt. P. 3. Assert. 4.* Ne verò in parentum arbitrio sit, ex irrationabili odio liberos prioris matrimonii ingratitude accusare, & eos hujusmodi beneficio defraudare, prudentissime in eadem constitutione prospectum est, ut causæ illæ ingratitude, quas parentes prætendunt, vel ab illis ipsis, vel ab heredibus eorum, liquidis & indubitatis probationibus edoceantur, *d. l. 10. in f.* haud aliter, ac in genere in exheredatione exclu-

exclusionemque ab ipsâ legitima, juris est, N. 115. c. 3. Non sufficit autem ad exclusionem liberorum ab hoc beneficio, talem ingratitude ab herede probari; sed requiritur insuper, ut pater ipse filio eam objecerit, idque itidem ex d. l. 10. colligere est, in cuius pr. statim hæc habentur verba: *Si hoc idem in suis elogiis conscripserint &c.* & ita consuluit Facultas Juridica Tubingensis An. 1677. d. 22. April., uti videre est apud Harppr. d. Conf. 35. Tom. 3. n. 10. Objicitur verò ingratitudo vel in testamento, vel extra testamentum, v. g. in pactis antenuptialibus, cum vitrico vel noverca liberorum initis, (inter quæ duo quantum in effectu interfit, docet Mæstert. de Secund. Nupt. Qu. 50. n. 3.) Et cessat remedium l. hac edictali non tantum in hujusmodi filio ingrato, cui nihil penitus datum est, sed & in eo, qui aliquid accepit. Mæstert. c. l.

§. XVIII.

Cessat ulterius prohibitio l. nostræ, de non plus relinquendo vel donando secundo conjugii, quam uni ex liberis, si liberi ex priore matrimonio quidem tempore conditi testamenti vel factæ donationis adfuerint, ante matrem verò diem obierint: demonstravimus enim jam alio in loco, quod liberis revocatio ex h. l. non nisi post parentis obitum competere possit, quia nulla injuria adficiuntur, antequam inter rerum donatarum dominium ad eos pervenire potest, & ante mortem quoque parentum constare nequit, utrum læsi fuerint, nec ne, confer. Cap. I. §. 14. vers. illud hic &c. Klock. Tom. 4. Conf. 85. n. 22. seq. & n. 40. Gabriel d. l. n. 79. Heeser. d. Loc. n. 347. ubi ex dictis deducit, quod ultimus liberorum de iis rebus, quas parens per transitum ad secunda vota ratione proprietatis amiserat, vel contra l. hac edictali prohibitionem secundo conjugii donaverat, non possit pro lubitu disponere, assignata hac ratione: quia, quando moritur superstiti adhuc parente, dominium earum rerum ab eo recedit, arg. l. 51. ff. d. lusufr. in quo tamen contradicentem habet Petr. Stockm. Decis. Braband. 25. per tot. Ego hic lubens suspendo meum iudicium, tanquam super controversia ad me hæc vice non pertinente: Secundum Heeseri sententiam tamen iudicatum referunt Fab. in Cod. Libr. 5. t. 5. def. 15. & Joh. à Sand. Libr. 2. t. 3. def. 1.

§. XIV.

Exulat quoque dispositio *l. hac edictali* in liberis prioris matrimonii, qui sunt incapaces successionis, inter quos an non monachi quoque referendi sint? dubium alicui videri posset: quia hi in Seculo pro mortuis habendi sunt, *arg. can. 10. & 11. caus. 12. Qu. 1. & can. 8. caus. 6. Qu. 1. Clementin. Exivi de V.S. l. 56. in pr. C. d. Episc. & Cler.* & quia in his ratio legis cessat, quæ fuit, ne parens secundi conjugis amori, prioris matrimonii liberorum curam postponat, quippe monachi curam abbas in se suscepit, *Peck. Libr. 3. C. 18. n. 12.* Sed verius est, prohibitionem *l. hac edictali* in monacho & moniali etiam obtinere, quam sententiam ut communem late defendit Hodiern. *Qu. 13.* quia, inquit, per monachatum non amittuntur ea, quæ sunt de jure sanguinis, in quo fundamentum *l. hujus* quærendum esse alia occasione monitum. Facit pro comprobanda hac opinione *l. 56. §. 1. C. d. Episc. & Cler.* per quam filius talis ab intestato patri succedit, & ei præcisè, sicuti aliis, legitima relinquenda est, non obstante, quod monachus habeatur pro mortuo: quia illud verum est in eo, qui omnino successionis incapax est, ut exemplum est in monachis ordinis minorum, quos Gabriel *c. l. n. 74.* vocat fratres minores mendicantes, quosq; nihil tam per se, quam per monasterium, proprii habere posse testatur *Peck. c. l.* Ultra quod mors ista, quam monachus obiisse præsumitur, cum morte naturali æquiparatur tantum in casibus à jure expressis, imo illa æquiparatio tantum procedit respectu ipsius monachi, non etiam intuitu monasterii, quod per omnia illius personam repræsentat, ut optime sentit Hodiern. *c. l. n. 16. 17. ubi n. 21.* antedictam assertionem extendit ulterius ad monachum incapacem, & ante mortem parentis capacem factum; secus sentit, siabilitas post hancce mortem demum supervenisset, *n. 22.* Vid. de monachis *Bertrand. ad h. l. vers. hac edictali &c. n. 39. seqq.*

§. XV.

Inter personas infucessibiles, in quas non cadit beneficium *l. hac edictali*, numerantur inprimis illi, qui hostes patriæ judicati sunt, item damnati criminis læsæ Majestatis, vulgo quæsitæ, incestuosi &c., non vero per statutum à successionem exclusi, quod supr. in Cap. II. §. 16. latius ostensum fuit. Num vero filii ad trirèmes condemnati huc pertinent? Acris super hac quæstione
inter

inter DD. est contentio. Nobis placet assumere sententiam eorum, qui in tali filio legis nostræ provisionem cessare volunt. Præcipuum horum fundamentum consistit in eo, quod condemnatio hæc ad remos, in locum damnationis in metallum successit, perinde igitur per illam quis insuccessibilis efficitur, ac olim per hanc, *l. 17. § 36. ff. d. Pæn.* vid. Carpzov. *Qu. 129. n. 8.* & taliter de damnatis ad triremes judicatum referunt multi apud Hodiern. *Qu. 14. n. 2.* eosq; sequitur Trentacinq *de Mort. nat. vel civ. Resol. 1. n. 2.* docent scilicet, hos condemnatos non habere testamenti factionem, etsi per fugam liberati essent, subjicientes rationem: quod maximam capitis diminutionem patiantur, *l. f. ff. d. Cap. min. §. 1. f. eod.* Qui vero contrarium tuentur, id probant ex *auth. Sed bodie C. de Donat. int. V. § lxx.* desumpta ex *N. 22. c. 8.* in qua habetur, quod nemo bene natorum ab initio, ex supplicio amplius fiat servus; unde, quia & libertas amplius per in metallum damnationem non amittitur, condemnatio ad triremes potius cum deportatione æquiparanda foret, per quam civitas tantum amittitur; imò hujusmodi condemnatis testamenti factionem competere, probant ex multorum locorum consuetudine, qua capitis damnati, in itinere ad locum supplicii, testamenta facere possunt, Hodiern. *d. l. n. 21.*

§. XVI.

Sed ego, ut modò notavi, priori opinioni inhæreo: quia utiq; ad triremes damnatos omnia, quæ sunt de Jure Civ., & consequenter etiam beneficium *l. hac edictali* amittere, ex superscriptis rationibus adparet: non obstante *d. auth. Sed bodie § cit. N. 22. c. 8.* Nam, quod ibi dicitur, neminem effici servum pœnæ, non est generaliter verum, sed ad casum, de quo textus loquitur, restringi debet; nimirum retinetur libertas eatenus, quatenus imposterum ex tali damnatione matrimonia non amplius dissolvi debent. Posito etiam, sed non concesso, libertatem hoc casu indistincte retineri, tamen ex ipsa comparatione cum deportatione sequitur, quod ad triremes damnati beneficio *l. nostræ* non fruantur; quia sc. deportati quoque, tanquam qui civitatem amittunt, insuccessibiles efficiuntur, & testamenti factionem non habent, *l. 17. §. 1. ff. d. Pæn.* Nihil etiam huic sententiæ contrariatur, quod dictum est de consuetudine quorundam locorum, capitali supplicio puni-

endis facultatem testandi concedente. Esto enim, quod quibusdam in locis hoc receptum sit; tamen ad universale à particulari non procedit argumentum, Hodiern. d. l. n. 40. seqq.

§. XVII.

Quæ hucusq; de condemnatis ad triremes diximus, intelligenda sunt, de condemnatione in perpetuum facta. Secus esset, si quis ad certum tempus tantum ad triremes condemnaretur, quippe eum civilia jura tunc non amittere, verius puto per l. 8. §. 8. ff. d. Pæn. Sed finge, aliquem in perpetuum quidem ad triremes condemnatum, postea vero Clementia Principis restitutum esse; an poterit beneficium l. hac edictali sibi applicare, perinde, ac si nunquam condemnatio facta esset? Ad hanc quæstionem simpliciter respondere non possum, sed sub distinctione: nam si tempore, quo in favorem vitrici vel novercæ dispositio facta est, filius capax quidem fuerit, tempore mortis parentis autem adhuc inhabilis, (quia forte à triremibus nondum erat restitutus,) licet postea restitutio facta esset, non habebit prædictum beneficium; quia dispositio hujus l. non nisi ex morte secundas nuptias contrahentis operatur, quo tempore filium incapacem fuisse, ad eum in perpetuum excludendum, sufficere debet. Cui simile est, quod, si alicui servum tuum legaveris, eumque postea manumiseris, non reviviscat legatum, quamvis denuò in servitutem tuam redierit, cum novus homo esse videatur, l. 27. §. 1. ff. d. adim. leg. item, quod, si alienum hominem promiseris, qui postmodum à domino manumissus est, libereris, nec is à te peti possit, utut aliquo modo pristini domini servus efficeretur: eò, quia in perpetuum sublata obligatio restitui non potest per l. 89. §. 8. ff. de Solut. & DD. in l. 59. ff. de Cond. & Dem. vid. l. 6. §. 2. ibi: *media tempora non nocere* Sc. l. 49. §. 1. ibi: *duobus temporibus* Sc. & *mortis testatoris* Sc. ff. d. Hered. instit. §. 4. f. d. Hered. qual. & differ.

§. XVIII.

Quid vero, si tempore donationis, à parente secundo conjugii factæ, filius incapax, tempore mortis illius vero restitutus fuerit? Videtur dicendum, quod nec tunc revocatio quæstionis filio competat per d. l. 49. §. 1. & d. §. 4. ubi expresse etiam tempore testamenti factiabilitas in herede exigitur. Contrarium tamen verius est, & communiter tenetur à DD.; nam, quia hæc l. hac edictali principaliter

ter introducta est ad inæqualitatem, quam sæpius parentes inter liberos & secundum conjugem, plus huic quam illis tribuentes, servare solent, prohibendam; nostro in casu vero parens per revocationem illius, quod conjugi nimium dedit, illam inæqualitatem evitare debuisset, cum commodè potuisset, quia filius ante ejus mortem ad successionem ex gratia Principis, ut ita dicam, habilitatus est: hinc non video ullam rationem, propter quam hujusmodi inæqualis dispositio subsistere debeat; vide hanc sententiam argumentis multorum textuum, auctoritatibus & analogiis quibusdam firmatam apud Hodiern. *Qu. 15. n. 24. seqq.* Non obstant autem supra cit. loca: nam loquuntur expresse de institutione heredis, à quâ nihil ad hunc nostrum casum, tanquam plane diversum, recte infertur.

§. XIX.

Denique si fingamus, filium utroque tempore, tam collatæ in vitricum vel novercam liberalitatis, quam mortis parentis, incapacem fuisse, & demum post eam, restitutionem ipsi contigisse; non existimo, facile quenquam negaturum esse, quin remedium legis nostræ hoc casu cessare debeat, ex ratione, quia filius nihil amisisse dici potest, in quod restituatur per *l. hac edictali*, cum jam ante ejus restitutionem pater mortuus fuerit, adeoque (quia eo mortis patris tempore nihil adhucdum illi debebatur, imo aliquid ne quidem relinqui poterat,) nihil contra formam constitutionis egerit, sed, jure permittente, hoc, quantum quantum fuerit, in secundam uxorem suam transtulerit. Obstare videtur *l. f. §. f. C. de Sent. pass. & rest.* secundum quam restitutus recuperare debet omnia, quæ ex causa damnationis amisit. Verum hoc in præsentī casu verificari non potest, eò, quod hereditatem paternam filius nunquam acquisivit, nec per condemnationem illam amisit, & proinde neque per restitutionem quicquam ex ea recuperat. Ex quibus omnibus nunc facilius erit judicare de tali casu: Reliquit aliquis pater secundæ conjugi suæ plus quam filio prioris matrimonii; hic, dum patre mortuo, ex *l. hac edictali* contra novercam experiri vult, condemnatur ob delictum ad triremes, sed mox restituitur. Quia jam revera semel hoc juris adquisiverat, in illud etiam restitutus intelligi debet, atque sic secundum formam *l. nostræ* denuo superfluum à noverca exigere valet per *d. l. f. in f.*

C. de Sent. pass. & restit. Hodiern. Qu. 15. n. 50. ubi hanc communem omnium DDrum opinionem vocat.

§. XX.

Et hæc sufficiant de condemnatione ad triremes, & restitutione gratiosa. Transeo nunc ad aliam l. nostræ restrictionem. Elegans enim quæstio superest, quid juris sit, si mulier cum aliquo legitimas nuptias contraxerit, & procreatis quibusdam liberis, divortium factum sit; utrum, si denuò in matrimonium redierint ambo, & alter alteri plus, quam uni ex prædictis liberis, reliquit, talis dispositio, tanquam contra formam *l. hac edictali* facta, invalida sit? Ratio dubitandi esse potest: quia hoc matrimonium secundum est, per verb. in text. *repetiti matrimonii* &c. Et quidem propriissime hoc in casu matrimonium repetitum esse dici potest, cum alias, si quis defuncta prima uxore aliam duxerit, is non tam repetere, quam novas nuptias contrahere videatur, per ea, quæ habet Bertrand. *ad b. l. in vers. hac edictali* &c. n. 8. verb. *repetiti* &c. quamvis hoc posterius conjugium quoq; sine controversia sufficiat ad dispositionem hujus l. stabiliendam. Interea pro firmanda restrictione nostra, quam prædicta in facti specie obtinere statuimus, considerandum est, quod, quia hic cessat contemptus liberorum, & parentum communium affectio potius redintegratur, cessare quoque debeat poena legis, præcipue cum nec vitricus aliquis, neque noverca, per hujusmodi nuptiarum repetitionem liberis inducatur, vid. Bertrand. *in b. l. c. l. n. 9.* Gabriel *cit. Concl. 4. n. 77.* qui posterior n. 66. adfert adhuc aliam limitationem, aliis haud ita cognitam, dum dicit, si statutum vellet, ut liberi habeant duas partes successionis paternæ, posse patrem reliquam tertiam partem non tantum in quemcunque extraneum, sed & in ipsam secundam conjugem suam conferre, & liberis nullam eo casu revocationem competere. Quoniam tamen laudatus auctor nullam rationem hujus juris ostendit, & etiam stante hoc statuto, nihilofecius posterior conjux plus, quam unus ex liberis, accipere aliquando posset, quando nimirum eorum bene multi adsunt, & ex divisione illarum duarum partium unusquisque tantum, ac noverca, non habet; non velim ego hanc exceptionem defendere, cum non adpareat ullo in textu fundata.

§. XXI.

Insignis autem ex mente Gail. *Libr. 2. O. 82. n. 9.* legis *bac edictali* est limitatio, si secundus maritus bona uxoris in dotem recipiat pro se & communibus liberis nascituris. Quo casu putat, si liberi extent, matrem plus illis relinquere posse, quamvis, qui ex primo illius matrimonio nati sunt, minus acceperint, quippe illi legitima sua contenti esse debent. Nescio tamen, an non hujusmodi cautelæ, fraudes potius & subtiles machinationes dici debeant, adeoque magis rejiciendæ sint, tanquam in ipso textu manifestè prohibitæ: Nam quid aliud actum esset hujusmodi dotis datione, quam ut mater, secundi mariti amore, liberos successionem suam defraudaret? jung. hîc Cap. I. §. 24. Restrictionem aliam adfert Bertrand. *in vers: bac edictali Sc. n. 10.* ratione mortui, qui resurgit, ut de Lazaro Sacræ literæ testantur, si sc. post resurrectionem vellet matrimonium contrahere cum ea, quam jam uxoris loco habuerat, ad quam eum redire necessario non debere volunt. Quæ limitatio, uti ridicula alicui videri posset, si quis hodie facti contingentiam expectare vellet; ita apud Pontificios utilis est ratione ejus, qui, cum uxorem haberet, voluntate illius monachus factus est, sed deinde ex dispensatione Pontificis in seculum rediit, nam in eo, si quidem uxorem pristinam repetiit, dispositio *l. bac edictali* cessat, Bertrand. *c. l.*

CAP. IV.

*Annectens Usu & Observantiam dispositionis
l. bac edictali in foro, præcipuè Norico.*

§. I.

DE usu & observantia *l. bac edictali* in Praxi, quædam in hoc Cap. dicturus, regulam constituo, quod Juri Civ. Romano tamdiu standum sit, donec per novam legem latam, vel consuetudinem, contrarium introductum probetur. Quamvis enim Romani in nos nihil Imperii aut Jurisdictionis habuerint, leges tamen eorum, utpote naturali æquitati & politico statui plurimum congruentes, non tantum in Germania, sed & per totam ferè Europam, spontaneo quodam Gentium

um motu receptæ, in hunc usque diem religiosissimè custodiendæ sunt: & utinam modo religiosius observarentur! Quod idem proinde in specie verum puto de Constitutione *l. hac edictali*, nam & illam passim, in locis præcipuè Germaniæ, ubi singulare quicquam hoc in passu non est statutum, in viridi adhucdum observantia durare, & illius tenori in judicando inhærendum esse, firmiter mihi persuasum habeo cum Matth. Cunone *Tr. de Pact. Libr. 1. C. 6. n. 201.*

§. II.

In Saxonia quidem per contrariam consuetudinem introductam huic *l.* derogatum est, cum ibidem quotidie accidat, ut noverca vel vitricus ex bonis secundas nuptias ineuntis plus accipiat, quam aliquis ex liberis prioris matrimonii; qui tamen ita sunt respiciendi, ne iis in legitima præjudicetur, vid. Coler. *P. 1. Decis. 40. n. 4. 7.* & *P. 2. Decis. 288. n. 1.* ac Carpzov. *P. 2. C. 43. def. 17.* ubi præjudicium allegat, quod hic jungere lubet: Dafern des verstorbenen Mannes Kinder erster Ehe durch solche Ehe-Stiftung an ihren väterlichen Legitimen nicht benachtheiligt worden wären &c. / so verbleibt es bey solcher Ehe-Stiftung billich / und es möchte die Wittib / ehe und zuvor ihr das darinnen gethane Vermächtnuß würcklich entrichtet worden / dahero / daß sie ein viel mehrers / als eines der Kinder erster Ehe / bekommet / aus den Gütern zu weichen nicht angehalten werden. B. R. W. Illa tamen observantia non ulterius trahenda, quam ad ea loca, in quibus alias jura Saxonica vigent. Pariter alii Scriptores de hujusmodi contraria consuetudine forte testantes, in his suis assertionibus non generaliter, sed de iis tantum provinciis aut regionibus, in quibus vixerunt, accipiendi sunt, Matth. Cuno *c. 1.* & ita sæpius quoque in aliis materiis intelligendi sunt auctores, qui de legibus abrogatis scripserunt, ut Gudel. *de Jur. Noviss.* & Grænew. *de LLbus Abrog.*, id quod obiter monere volui contra eos, qui multarum LL. abrogationem ex dictis auctoribus, sed minus rectè, demonstrare volunt.

§. III.

In Belgio tenorem *l. hac edictali* per omnia hodiernum florere, ostendunt statuta municipalia illarum Provinciarum, & attestantur magno numero Scriptores Belgici, qui vel incidenter,
vel

vel plane ex professo ad eam l. scripserunt, è quibus hinc sufficiat allegare Christen. *Dissert. 3. Qu. 28. vers. hactenus* &c. & Hug. Grot. quem citat ibid. *Libr. 3. Jurisprud. Holland. C. 12. & 16. s. f. Petr. Peck. Tr. de Testam. Conjug. Libr. 2. C. 18. Christinæ. Decis. Cur. Belg. V. 3. Dec. 131. n. 17. seqq.* Obtinet etiam dispositio l. *hac edictali* in Bavariæ Electoratu, ut pro certo colligere licet ex Arnold. Rath. *Tr. de Secund. Nupt. P. 3. per tot.*: specialiter vero ex ejusdem *P. Assert. 43.* insignem limitationem ad b. l. observavi, cujus credo operæ pretium esse B. L. hic admonere. Nimirum, cum defuncti nobilis cujusdam in B. & S. bona processui publico edictali subjicienda essent, & simul contra illius relictam viduam liberi quidam ex anteriore aliquo matrimonio suscepti, remedium legis nostræ intentarent, ratione donationis propter nupt. & dotalitii, in pactis dotalibus huic novercæ eorum, excessivo modo, & contra formam l. *hac edictali* relictæ, in quibus omnibus tamen illa ob temporis prioritatem creditoribus defuncti potior erat; Consistorium Aulicum Electorale huic liberorum petitioni eo casu deferre voluit, si novercæ repulsio in eorum utilitatem cedere posset, neque ii aliàs etiam per creditores paternos à bonorum paternorum successione excluderentur. Verba sententiæ hæc erant: Was aber obernannter N. N. erster Beschweruß Puncten bey der sechsten Post / wegen ihrer prætendirter Wiederlag und Wittib. Siß an treffen thut / solle derselben / neben dem Heurathgut zugleich auch die prætendirte Wiederlag / als 1000. fl. / und für den Wittib. Siß jährlichen 150. fl. / jedoch allein auf diesen Fall zuerkannt seyn / wann die N. N. ische Kinder erster Ehe / da schon besagt ihrer Mutter solche Wiederlag und Wittib. Siß nicht erfolgen sollte / dannoch vom Väterlichen Vermögen wegen des übrig vorhandenen Schulden Lasts nichts bekommen würden / wollten wir Euch nicht verhalten. München den 27. Merzen Anno 1649. Quæ limitatio fundamentum habet in hac ratione, quod beneficium legis nostræ in favorem liberorum sit introductum, ideoq; , quoties ad eos nihil utilitatis pervenire potest, cessare debeat, perinde, ac si vel plane non extarent, aut mortui essent. Atque adeo in aliis quoque locis, obveniente casu, ita merito pronunciandum erit. In Jure Würtenb. quoque hujus materiæ in omnibus punctis suis frequentissimus usus est, quod multis exemplis & præjudiciis, item-

que Responsis JCtorum Tubingens. demonstrare possem, nisi tempus esset, ut, missis aliorum locorum Juribus, ad observantias patriæ transirem; videri tamen potest de hoc Harppr. *in sapius cit. Respons. 35. V. 3.* ubi simul ex generali quodam Rescripto Sereniss. Ducis Württenb. Anno 1683. d. 20. Jul. emisso, hinc inde singularitates quasdam observavit.

§. IV.

Quod attinet Reformationem Noricam, in ea *l. hac edictali*, duobus in locis potissimum, si non penitus quoad verba, tamen quoad sensum & contenta, repetita est, sc. in *T. 28. L. 8. & T. 33. L. 6. 7.* Ad singulos igitur utriusque textus hujus paragraphos quædam observare licebit. Et quidem in *d. T. 28. L. 8. §. 50* Das pleibend der Ee 2c. proponitur in terminis casus *l. hac edictali*, quem huc usq; per totam Dissertationem nostram unà cum multis ampliationibus & restrictionibus fusius expendimus; circa quem proinde nihil in genere dicendum restat: Bene tamen occasione verb. *fin: oder den Enigklin* (die an statt ihrer Väter und Mütter für ain Person zu rechnen) werden mag 2c. memorabilis illa, jam superius à nobis proposita, & in hunc usque locum quoad decisionem reservata quæstio, examinanda erit, super qua olim inter Illustr. Reipubl. Dominos Consiliarios acriter disputatum est: Utrum sc., quod attinet dispositionem *l. hac edictali* & Reform. Nor. *h. loc.*, nepotes in capita, an vero in stirpes succedant? Facti Species, super qua tum temporis quærebat, referente Klock. *Tom. 3. Conf. 121:* talis erat: Hannß Ebersperger / Weinschencß und Burger zu Böhrd / hat An. 1602. den 24. Novembris in seinem aufgerichteten Testament folgender Gestalt disponiret: Mehr schick und schaffe ich Ursulæ / meiner jetzigen und andern lieben Ehwirthin / zusamt ihrem mir zugebrachten Gut und halber Gewinnung / auch einen völligen Kindstheil / welcher nach Ausweisung dieser Stadt Nürnberg Reformation *T. 28. L. 8.* also verstanden werden soll / nemlich und ob ich wol kein Kind mehr im Leben / je dannoch aber von dreyn Kindern Encklein habe / daß dieses Orts die Encklein an statt ihrer Eltern vor eine Person / und also ihr meiner Ehwirthin ein Vierteltheil meiner Verlassenschaft folgen und werden soll. Die andern drey Vierteltheil aber meiner Verlassenschaft schicke / schaffe / und verordne ich allen meinen Encklein /
und

und will sie also / nach Ausweis oben angezogener Reformation T. 34. L. 4. in gleichem grad, nach Anzahl der Personen in die Häu-
pter / als manch Mund / also manch Pfund zu erben / der übrigen
drey Viertel meiner Verlassenschaft zu meinen rechten Wahren
und ungezwisfelten Erben in bester Form der Rechten ernennet
und eingesetzt haben &c. Adjuncta fuerat Clausula comminato-
ria, ne quisquam nepotum huic ultimæ voluntati contravenire
audeat, sub poena amissionis relictæ usque ad legitimam.

§. V.

Cum hoc testamentum postea nihilominus à nepotum tutori-
bus, tanquam legi *hac edictali* & citatis text. Reformationis Nor-
adversum, impugnaretur, magistratus loci quidem pro vidua, h. e.
nepotum noverca magna, pronunciavit: re tamen per modum ap-
pellationis ad Amplissimum Senatum Noribergens. delata, diu
multumque in utramque partem disputatum est, quibusdam pro ne-
potibus consulentibus, non tantum, quasi hoc in ipsa *l. hac edi-
ctali* sancitum esset, dum illius constitutio non solum in liberis
primi gradus locum habere dicitur, sed expressè etiam ad ulteri-
ores descendentes extenditur, cum iisdem, uti quidem putabant,
qualitatibus, quæ obtineat in liberis proprie sic dictis, id quod
colligebant ex particula *etiam*, ejus natura alias quoq; esset, ut im-
plicet casum magis dubitabilem &c; verum quoq; & quidem potissi-
mum propter ipsam Reformationem, in qua clare dispositum esse in-
quiebant, ut, si post mortem testatoris tantummodo nepotes ades-
sent, pro numero personarum, adeoque non in stirpes, sed in ca-
pita, successio computari debeat. Ita namque in T. 29. L. 3. §. So
aber &c. hæc expressa verba habentur: So aber auf Absterben des
Testierers oder Geschëftigers allain Enigklin vorhanden weren / so
sollen dieselben Enigklin nach anzal irer selbst person / in die
heupter / und nit an stat irer Eltern gerechnet werden / &c. &
T. 34. L. 4. §. Wann aber &c. *ibi*: So erben die Enigklin / als in
gleichem grad / nach anzal der Personen / in die heupter / als
manig mund / als manig pfund.

§. VI.

Consuluerunt tamen alii in contrarium pro vidua, quorum
quidem opinio, uti, quod attinet ad Jus commune, fundatior est
illa priore, & hinc ab aliis DDibus communiter tenetur, Mæstert.

de Secund. Nupt. Qu. 51. Christen. Dissert. 3. Qu. 28. p. m. 333. Klock. c. l. & ibi allegg. ita nec quoad Reformationem Noricam suis rationibus destituitur. Allegantur autem hanc in rem non immerito supra memorata & adducta verba fin. §phi initialis *d. L.*, in quibus expresse dicitur, quod nepotes ex uno vel altero filio in parentis locum succedant, & pro una persona accipiantur. Quæ verba licet à contrariæ opinionis defensoribus intelligantur de casu, quo cum nepotibus adhuc alii primi gradus liberi concurrunt, indeque illi particulam *oder* / quæ in textu habetur, præter naturam suam ordinariam, conjunctivam esse velint: tamen hanc explicationem apertissime contra sensum Reformationis, inter primi & secundi gradus liberos perspicue distinguentis, esse arguit Klock. *c. l. n. 18.*; est enim textus iste ex Jure communi explicandus de casu magis dubitabili, qualis non est ille, ubi cum nepotibus patrui concurrunt, (quippe tunc nemo dubitat, quin nepotes in stirpes succedant,) sed ubi nepotes soli adsunt.

§. VII.

Nihil interea huic sententiæ obstant supra *citt. text. ex T. 29. L. 3. & T. 34. L. 4.*, quia illi loquuntur de Successione ab intestato, aut de casu testati quidem, sed tamen tali quando nepotes soli, absq; intermixtione alterius personæ, ad hereditatem adspirare volunt. Vel dicendum, quod *dd. text.*, cum sint Juris communis correctorii, extra casum, de quo loquuntur, non sint accipiendi. Nec est magni momenti, quod de particula *etiam* allatum est: nam exinde solum probatur, quod nepotibus beneficium *l. hac edictali* competat, non vero, quod & illi, sicuti primi gradus liberi, in capita succedere debeant, cum in *l. hac edictali* de modo succedendi nihil in specie definitum, & illius explicatio, quod ipsum concernit, ex Jure communi desumenda sit, secundum quod nepotes, etsi soli sint, neq; cum iis patrui succedant, in stirpes vocantur, quia jure proprio ad hereditatem non veniunt, sed jure à parentibus suis ad eos transmissio; vid. Dn. Stryck. *Tr. de Success. ab intest. D. 1. C. 2. §. 35. & l. 8. §. 8. ff. de Inoff. Testam. collat. §. 6. & f. I. de Success. ab intest. jung. N. 118. c. 1. add. Ludw. Diss. ad Inst. 10. th. 1. lit. K. Rittershus. ad Nov. P. 7. C. 4. n. 15. Franzk. Exerc. 8. Qu. 7. & innumeros alios. Et secundum hanc posteriorem opinionem, prioris instantiæ sententia non tantum confirmata sequentem in modum:*

In Sachen der Eberspergischen Encklein Vormunder/ Appellanten/ eines / wider weiland Hanns Eberspergers Wittib und Testaments/ Executoren / alle in Actis benannt / anders Theils / ist / allem Vorbringen nach / zurecht erkandt / daß durch Richter voriger Instanz wol geurtheilet / übel davon appellirt seye / die Gerichts Kosten / derentwegen aufgelauffen / aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirend und vergleichend / Actum d. 18. Junii 1611; sed etiam decretum fuit: Daß die Reformation in fünfftigen Fällen darnach zu verstehen / und zu erläutern sey. Klock. cit. Conf. 121. in fin.

§. VIII.

Vidimus, quod Jure Norico non magis, quam Jure Civili communi, secundi matrimonii conjugii plus relinqui possit, quam alicui ex liberis anterioris conjugii. Nunc in §. seq. incip. Und solcher Kindsteil ꝛc. ulterius explicatur, quemadmodum portio illa filialis computari debeat. Distinxit verò Compiler Reformationis inter causam testati & intestati. Hoc in casu, ubi nullum à defuncto testamentum conditum est, cum liberis prioris matrimonii æqualiter concurrere potest vitricus vel noverca. Studio autem dixi: *cum liberis prioris matrimonii*: Quamvis enim in textu generaliter dicatur: nach anzal der Kinder und Erben / qua appellatione alias etiam liberi ex secundo matrimonio progeniti venire deberent; tamen optime Dn. D. Freherus in manuscripto quodam ad Reform. Nor. b. loc. observavit, illa verba, der Kinder und Erben / cum hac adjectione: Erster Ehe/ limitanda esse, ex §. præced. So das pleibend ꝛc. & T. 33. L. 6. §. Worde aber ꝛc. qui textus alias graviter & è diametro obstant. Atque hanc explicationem bonam & necessariam esse, argumento est d. T. 33. L. 7. §. Wann ain Eegenosß ꝛc. / ubi expressè de casu intestati, quoad liberos ex utroque matrimonio susceptos, constitutum, quod illi quidem sine distinctione ad successionem binubi æqualiter admittendi sint, superstes autem conjux portionem virilem tunc regulariter non accipiat, licet in bonis liberorum, ex secundo matrimonio natorum, usumfructum retineat, & bona ea, quæ tanquam propria defuncto attulit, aut quæ fortunæ benignitate constante matrimonio illi soli delata sunt, præcipua habeat.

§. IX.

Alter casus, cujus in computatione portionis filialis superviventis conjugis habenda ratio est, secundum textum nostrum est, quando binubus cum quadam dispositione decessit; tum enim videndum, quantum quisque ex liberis prioris matrimonii acceperit ex illa voluntate defuncti, tantumque, & nihil ultra, habere poterit conjux, verb. *Über mit geschafft / nach eines Kinds antheil* &c. subintellige hic iterum, nach dem Antheil eines Kinds aus erster Ehe. Licet enim tali in casu, ubi defunctus testatus est, nihil obstat, quo minus secundæ conjugi suæ etiam aliquid relinquere possit, si velit, *d. T. 33. L. 7. §.* Ob ime auch &c. qua de re paulo inferius plura dicturus sum; tamen æstimandum id erit secundum portionem liberorum prioris, non posterioris matrimonii. Multum interesse inter hæc duo, constabit ex tali casu: Quidam, cum haberet ex primo & secundo matrimonio filium, & patrimonium 1200 aureorum, decessit cum tali dispositione: Filio meo prioris matrimonii relinquo 400, illi ex posteriori 200, & secundæ uxori meæ 600 reliquos. Quia hic uterque minus habet, quam secunda defuncti uxor, dubium quidem nullum est, quin ab ea aliquid revocari possit; sed quæstio tantum in eo vertitur, quousq; hæc conjugis pars reduci debeat, utrum ad ratam usq; filii prioris matrimonii, quæ fuit 400 aureorum, an verò illius ex secundo, cujus portio erat 200? Prius verum esse puto, ut adeo conjux 400 retineat, & excessus loco restituat tantum 200. Ratio hujus juris est in promptu: quia sc. beneficium *l. hac edictali* in favorem liberorum primi, non secundi matrimonii, introductum esse constat. Supersunt in h. §. verba: *Auf die Zeit des verstorbenen tödtlichen abgangs* &c. / quæ quidem longa explicatione opus non habent, quia de horum sensu jam alibi in explicatione jurium communium dictum fuit, speciatim verò utilitatem eorum ex §. 2. Cap. III. colligere licebit. Reliqua etiam sunt faciliora, & à *l. hac edictali* nihil diversum statuunt, ut actum agere videri possem, siquidem diutius iis immorari vellem.

§. X.

Quare progredior ad alterum illum textum Reformationis, qui est in *T. 33. L. 6.*, & in quo singulare quicquam introducitur, quod Juri Civili communi plane incognitum est. Vult enim statutum,

tatum, inprimis in §. Wann ain Eegenoff &c. quod secundus vel secunda conjux, existentibus liberis ex priore defuncti vel defunctæ matrimonio, cum iis accipiat æqualem partem, quod fecus est juxta *l. hac edictali*, quæ prohibet, ne quis secundo conjugii ullo titulo plus conferre possit, quam uni ex liberis prioris matrimonii &c. Cæterum, si nihil plane ipsi datum est, (ut quia forte binubus ab intestato decessit, neque actu ullo inter vivos aliquid illi dedit,) non adparet, quod Jure communi sibi quicquam vindicare possit. Hoc statutum vero (sunt verba Dn. D. Freheri in cit. manuscripto ad h. l.) confert suo beneficio superstiti conjugii, etsi ex voluntate defuncti nihil habeat, portionem filialem ab intestato, & ratio hujus, quæcunque tandem fuerit, non improbabilis fuit; nam quia in alio loco Reformatio, contra Jus commune, introduxit, quod conjux conjugii in dimidiam, vel plane in tribus quartis, cum aliis defuncti collateralibus, succedere debeat, (vid. T. 33. L. 3.) non inconueniens quoque est, aliquem admitti cum privignis in quotam, nimirum in partem virilem. Conf. Reform. Nor. T. 28. L. 8. §. Und solcher 2c. & supra §. 8. dicta.

§. XI.

Habetur autem, ut modo dictum, in §. Wann ain Eegenoff 2c. hujus L. 6., casus, quo binubus vel binuba, ex priore tantum matrimonio, non simul etiam ex secundo, liberos reliquit, ut fert rubrum & nigrum hujus textus: ubi ad verba: *Kinder aus erster Ehe verlegt 2c.* annotare adhuc lubet, quod intelligantur liberi, quos quis ex suo corpore reliquit, non privigni. Itaque si quis e. gr. viduam alicujus, quæ liberos haberet ex priore suo marito, duxerit in matrimonium, deinde mortua illa, cum alia nuptias contrahat, nisi & ipse cum illa vidua prolem genuerit, *lex hac edictali* aut Reformatio cessabit. Observandum deinde occasione horum verborum, quod, ubi quis ex suo corpore liberos habet, & illis novercam superinducit, (idem plane est, si inverso casu mulier liberis suis vitricum dederit,) non possit tunc recepta alias Jure Norico bonorum inter conjuges communio, oder eine versammte Ehe / locum habere, per Addit. de An. 1573. d. 2. Novembr. sub rubr. Wann sich eine Wittib / so aus erster Ehe Kinder hat / zu einer ledigen Person verheurathet / wie es mit der Abtheilung soll gehalten werden 2c. / ibi inter alia: Dies
weilen

weilen in solchem Fall/ von wegen der Kinder aus erster Ehe/ keine Versammlnüss der zu beyden Theilen zugebrachten Güter seyn/ noch statt haben kan 2c./ uti quidem fieri id posset, si liberi prioris matrimonii tantummodo essent privigni &c.

§. XII.

Sed si hoc ita est, quæfiveris forte, si quisquam habens cum defuncta conjuge sua liberos ex suo corpore, aliam matrimonio sibi copulaverit simpliciter, sive nullis pactis nuptialibus initis, quales nam sint illæ nuptiæ? Dann/ wann es keine versammte Heurath seyn kan / wie schon sattsam ist erwiesen worden / so müste es nothwendig eine verdingte seyn / nec enim tertium hic datur, quo referri ex nuptiæ possint. Jam vero nec posterius dici posse videtur: revera enim nulla pacta adjecta sunt, sed nuptias simpliciter, sine omni conditionum præscriptione, contractas præsupponimus. Verum enim vero ignorare non debemus, quod nihilominus hic subsit eine verdingte Heurath: quamvis enim inter partes nihil actum sit expresse; tamen hujusmodi matrimonium jam tacite & ipso jure certas quasdam conditiones accepit, quas textus noster, ratione casus, si liberi prioris matrimonii parentem suum supervivant, superstesque simul sit eorum noverca, exhibet seqq. verbis: So nimbt zuvorderst das pleibend sein zugepracht gut/ und erbet neben und mit den Kindern und Enigklin aus erster Ehe/ (die Enigklin für ain Person zu rechnen/) ainen gleichen Kindes feyl. Plura de aliis casibus habentur in cit. Addit. vers. So soll es demnach mit des Verstorbenen Erbschafft also gehalten werden &c. Interea his verbis: sein zugepracht gut 2c. addi potest ex Dn. D. Freheri Observationibus h. l.: und was Ihme sonst in wehrender Ehe/ oder anderer Weiß/ ist zugestanden/ oder von Ihm/ oder mit dem seinen / ist gewonnen worden 2c.

§. XIII.

Hactenus dicta de portione filiali ita declaranda & partim restringenda sunt, quod præter portionem filialem secundus vel secunda conjux superstes ipso jure quoque habeat dimidium acquæstus, communi conjugum industria comparati, si nimirum binubus moriatur testatus, velitque superstitem conjugem, una cum dimidio illo acquæstus, etiam portionem filialem nancisci; secus, ac si is ab intestato decesserit talisque acquæstus adsit, tunc enim præter

præter dimidium in illo lucro, nullam portionem, adeoque nec filialem, superstes accipiet, excepto casu, da der verstorben Eegenosß seinem andern Eegenossen nichts anders / dann Kinder aus erster Ehe geboren / oder gar ain rings zugebracht het / in selben fall / so in steender Ehe etwas gewonnen / soll dem pleibenden vber seinen halben theil solcher gewonnenen güter von des verstorbenen halbem theil der gewinnung ain Kindsteil werden / ut ait Reform. Nor. T. 33. L. 9. Disputatum quidem fuerat olim super hac re in Inclyto Iudicio, quod vocant, Civitatis, in causa Gebalden Reüthers / oder dessen verordneten Curatoris, contra seine Stieff-Anfrau / wienland seines verstorbenen Anherrens nachgelassene Wittib / dazumals aber Gebalden Gölters Ehemwirthin &c. Rationem dubitandi præbuit L. 6. 7. T. 33. & L. 8. T. 28. nec non ipsa *l. hac edictali*, in quibus omnibus constitutum: ne secundus conjux plus, quam liberorum prioris matrimonii quisque haberet aut acciperet. Sed Illustris Senatus, facta distinctione dicta inter causam testati & intestati, decrevit, quod utique ex testamento defuncti superstes conjux præter portionem filialem etiam dimidium acquæstus retinere possit, ut videre est ex specialibus Addit. de An. 1581. d. 17. Aug. sub rubr. Rathß: Verlaß / wie das 6. 7. und 9. Gesetz des 33. Tit. der Reformation fol. 207. 208. & 209. fac. 2. Von dem Kinds: Theil und Gewinnung in anderer Ehe zu deuten und zu verstehen sey? Ratio decidendi fundamentalis hæc fuerat, quia dimidium descripti acquæstus jure proprio ad superstitem pertinet; nam & propriam industriam in illo comparando adhibuit, adeoque, ut partem illius jure societatis præcipuam habeat, non est iniquum. Obtenant autem hæc de acquæstu allata potissimum, si non solum, in conjugibus, die ein gemein Gewerbe / v. g. des Bierbräuens / miteinander gehabt haben / ut arguunt dict. Addit. paulo post medium &c.

§. XIV.

Hæc quidem ita olim disposita, postea tamen contraria observantia, quin auctoritate rerum judicatarum, ita iterum immutata fuerunt, ut in casu etiam intestati, non tantum dimidius acquæstus, (quando nempe conjuges communi industria sua vel negotiatione lucrati quid sunt,) jure proprio relictus sit superstiti coniugi, sed etiam, quod inprimis notabile est, portio filialis secundo

vel secundæ conjugii, & in demortui bonis propriis, & in altero dimidio acquæstus, fuerit assignata, existentibus defuncti conjugis ex priore tantum conjugio liberis. Et ita fertur pronunciatum esse An. 1626. in causa Thomæ Bayerleins contra Seiner Kinder Vormünder 2c. vid. Acta am Stadt: Gericht d. Anno 1605. Hanns Lohners contra die Herken. Non possum hic præterire observationem, quam hic loci fecit Dn. D. Freherus, dum in sæpius laudato manuscripto, Hierbey / inquit, ist in Acht zu nehmen / daß sich bey diesem statuto wol zuträget / daß occasione des Kinds Theils der überlebende Ehe:Gatt wol viel besser mag zukommen / als eben das / oder die Kinder aus erster Ehe / von wegen der gemeinen Gewinnung / davon superstes nicht allein jure proprio seu societatis die Helffte nimmt / sondern in der andern Helffte abermals nicht weniger / als in andern des Verstorbenen Gütern / neben dem oder denen Kindern / nochmalen æqualiter zu participiren hätte 2c. & super hac re jam olim ante se D. Claudium Cantuinculam, Jctum Fridburgensem Excellentissimum, peculiare consilium dedisse dicit, illud tamen se nunquam vidisse fatetur. Quicquid vero hujus esse possit, non puto de veritate assertionis meæ dubitandum esse, quia præcipue jamdudum praxis hanc sententiam firmavit.

§. XV.

Circa dimidium acquæstus dum versamur, oritur quæstio: Utrum binubus vel binuba in favorem secundi vel secundæ conjugis huic parti dimidiæ, quam in toto acquæstu habet, renunciare, atque sic prioris matrimonii liberis nocere possit? Videri posset primo intuitu, quod sic, secundam notam distinctionem, quam communiter faciunt, inter renunciationem lucris jam acquisiti & acquirendi, quasi non quidem illius, bene tamen hujus renuntiatio valida esset; inprimis, cum præsentem quoque in casu talis acquæstus plane incertus fuerit, & ex hac renunciatione uxor pauperior non fiat, sed tantum non adquirat, consequenter secundus conjux ex illius bonis locupletior factus dici non possit, & sic remedium *l. hac edictali* cessare debeat. Quam opinionem sequuntur de Jure communi, cum Petr. Peck. *Tr. de Testam. Conjug.* alii magnorum nominum Jcti. Licebit tamen mihi hoc in passu contrariam sententiam amplecti & dicere, talem renunciationem, tanquam liberis valde damnosam,

sam, imo contra formam *l. hac edictali* & Reformationem Norricam factam, ipso jure esse invalidam, nec ullum effectum habere posse, etiamsi vel maxime strictum jus intueri velimus, per ea, quæ supra Cap. II. §. 19. & 20. à me dicta sunt. Et ita quoque novissime judicatum in causa der Pfisterischen Töchter constituirten Vormünder contra Georg Heumann 2c. d. 14. Febr. 1701.; jungatur Gail. *L. 1. O. 40. n. 11.* & Harppr. *d. Conf. 35. n. 25.*

§. XVI.

Sequitur in *d. L. 6. T. 33. Reform. Nor.* Sphus So aber in abred 2c. ex quo constat, quod superstes conjux, in casu, quo defunctus ex priore matrimonio liberos reliquit, portionem filialem jure quidem accipiat, sed tamen illa portio adimi possit: nam si constante matrimonio per pactum, vel per modum ultimæ voluntatis, minus aliquid datum sit aut relictum, eo ipso conjux superstes contentus esse debet, neque supplementum ratæ virilis petere potest, verb: Darbey soll es beleiben / und erbet das Gegenosß in diesem fall keinen Kindsteyl 2c. Itaque portio filialis secundo vel secundæ conjugi debetur hypotheticè, quatenus nimirum maritus vel uxor defuncta nihil contrarii voluit; posset enim eam minuere, si vellet. Imo firmiter mihi persuasum habeo, posse eam portionem penitus adimi. Non tamen, uti binubus vel binuba hanc partem virilem pro lubitu minuere, ita quoque augere potest, sive ultra eam quicquam relinquere: id enim, utpote constitutioni *l. hac edictali* adversum, revocationi subjaceret, per §. sequ. Worde aber 2c. ibi: ainen Kindsteyl vbertreffen / so ist es von vnwirden und uncrestig 2c. Hic Sphus, observante Dn. D. Frehero, melius supra Tituli 28. Legi 8. tanquam illi cohærens, insertus esset, licet & ad hunc locum satis bene quadret.

§. XVII.

Sunt autem in eodem Spho valde notatu digna verba: Und würdet die vbermaß under die Kinder aus erster Ee geteilt 2c. & mox deinde: und den Kindern aus erster Ee 2c. Nam hæc cum judicio intelligenda sunt de casu, ubi nulli alii, quam prioris matrimonii liberi, adsunt; quod vel ex sola rubrica hujus *L.* colligere possumus, quæ ita concepta est: Von Erbschafft der Ee leut in anderer Ee / So der verstorben Eegenosß allain aus erster Ee Kinder verlest / & in textu §. 1. habetur: und Kinder aus anderer Ee mit

vorhanden seyn. Sane enim, si ex secundo conjugio quoque quidam liberi adessent, illi quoque in excessus istius repetitione portionem consequerentur; idque probatur ex *seq. L. 7. §. f. ibi*: sollen die Kinder anderer Ee / in der vbermaß / mit den Kindern erster Ee / zu gleichen teilen zugelassen werden 2c. Adeoque in hoc iterum Reformatio à Jure communi recessit, quod explicui in Cap. I. §. 23. vid. causam Heydin contra Heydische Vormund am Vormund-Ampt d. 19. Jul. 1649. und die Bedencken in puncto Appellabilitatis. Ita quoque judicatum fuit in causa Mayrischen Vormünder contra Mayrische Wittib 2c. ubi in Appellationis Judicio sententia reformata fertur. Cæterum in eo quoque Jus Noricum (ut supra §. 10. jam notavi,) singulare quid statuit, quod superfluum, h. e. id, quod ultra portionem filialem superstiti conjugii relictum est, dividatur non solum inter primi & secundi matrimonii liberos, sed & insimul superstes conjux in divisione illa partem accipiat, contra, quam supra in cit. C. I. §. 23. Jure Civ. obtinere probavi.

§. XVIII.

Haftenus ergo præcipuè vidimus, quid juris sit secundum Reformationem Nor., quando liberi ex priore tantum matrimonio adfunt; sequitur nunc, ut dispiciamus, quid, præter modò allata, obtineat, si utriusque i. e. tam primi quàm secundi conjugii proles adesset, de quo casu disponitur in dict. L. 7. T. 33. Sed non adeo multa specialiter hic addenda restant. Nam in §. Wann ain Eege-
noß 2c. restringitur tantum id, quod in anterioribus de portione filiali secundo conjugii jure debita relatum fuerat, ad casum liberorum primi matrimonii; secus autem esse dicitur, si in casu intestatò mortui conjugis binubi simul ex secundo matrimonio liberi existerent, tunc enim superstes conjux ad portionem filialem non admitteretur per verba fin.: Und würdet das pleibend Eege-
genosß disfalls zu ainem Kindsteil nit zugelassen 2c. Ratio hujus statuti fortè hæc est, quia jam alias liberorum prioris matrimonii conditio, per illos ex secundis nuptiis progenitos, satis deteriorata est, indeque, ut eorum spes, per portionem vitrico vel novercæ dandam, amplius adhuc minuatur, si non summa injuria, tamen æquitati non admodum conveniens est; præcipue, cum superstes conjux tali casu, præter bona propria, quæ defuncto

attulit, eique fortunæ benignitate obvenerunt, habeat etiam usufructum in propriorum liberorum suorum portionibus per §. seq. ibi: Doch behelt es den beyfig / in den Gütern der Kinder / die es mit dem verstorbenen in der andern Ehe erzeugt hat &c. illos enim liberos cum liberis prioris matrimonii in partes æquales admittendos esse, controversia caret, & in §. 1. Wann ein Egenosß &c. expresse decisum, ibi: Und erben die Kinder aus erster und anderer Ehe des verstorbenen verlassne hab zu gleichen teilen &c.

§. XIX.

Haftenus verò tradita, quod secundus conjux tali casu ad portionem filialem non admittendus sit, ita intelligenda sunt, si defunctus sine dispositione decesserit: nam si in testamento, vel etiam inter vivos, e. g. in pactis dotalibus, aliquid superstiti tori socio dederit, relictum istud valebit, per *d. L. §. 3.* Ob jme auch &c. dummodo portionem filialem hoc, quicquid est, non excedat, alias namque revocationi subjaceret, per verba: Damit soll es gehalten werden / wie im negstvorgeendem Gesetz (erat §. ult. præcedentis L. qui incipit Worde aber &c.) geordnet ist &c. Et, quod tali in casu binubus secundæ uxori suæ, si modo velit, aliquid (sc. usque ad portionem filialem) relinquere possit, constat ex supra cit. Addit. de Anno 1581. per tot. Ibi enim expresse pro & contra agitur quæstio, ab Inclyto Judicio Civitatis ad amplissimum Illustr. Reipubl. Senatum delata: Ob auch von eines verstorbenen Ehegenossen / so in erster und anderer Ehe Kinder hat / Gütern und Verlassenschaft / dem übergebliebenen Ehegenossen in anderer Ehe / zusamt den zugebrachten Gütern und halber Gewinnung / auch ein Kinds Theil gebühre / oder vermacht werden könne? Tandem ex §. ult. hujus legis: Und so die heyratgeding &c. clara est differentia Reformationis à Jure communi, quam in §. 17. jam attigi.

§. XX.

Atque sic abunde, quid circa materiam *l. hac edictali* in foro Norico obtineat, ostensum, & quibus in causis Reformatio à Jure communi recesserit, sufficienter satis explicitum esse puto. Illis tamen differentiis jungimus adhuc aliam, quæ quidem proprie huc non pertinet, sed tantum limitationis loco nobis esse

debet quoad casum aliquem, quem jam supra in Cap. II. §. 6. decidimus. Nimirum diximus ibidem, quod, si secundus conjux majore ex parte aliqua heres scribatur, quam unusquisque liberorum prioris matrimonii, cum onere tamen, alii hanc partem statim restituendi, remedium legis *hac edictali* tunc demum cessare debeat, quando simul Trebellianicæ deductio à testatore fuit prohibita: At verò hoc requisitum Jure Norico non est necessarium, quippe quo Trebellianica vel Falcidia jam ex juris dispositione non potest deduci per Reform. T. 29. L. 10. Superfunt interea adhuc duæ quæstiones, quæ, quia in praxi occurrentes à partibus & eorum advocatis disceptari possent, forte non inutiliter hic tractabuntur. Prima oritur ex hoc casu: Contraxit aliquis in Saxonia, ubi constitutio *l. hac edictali* non est in usu, per ea, quæ supra in h. Cap. de foro Saxon. dixi, secundas nuptias, adjectis pactis dotalibus, quibus secundæ conjugii plus, quam uni ex liberis prioris matrimonii, relictum est, postea domicilium suum, quod hætenus in Saxonia illi fuerat, cum uxore Noribergam transtulit, ibique mortuus est. Quæritur nunc: utrum divisio bonorum inter liberos & novercam secundum Jura Saxonica, an vero ex Statuto Norico, in Jure Civili hoc in passu fundato, ineunda sit? Alter casus talis est: Civis Noribergensis post mortem primæ conjugis suæ ducit aliam in Saxonia, absque tamen animo mutandi domicilium; inivit pacta dotalia secundum consuetudinem Saxoniam, Juri Civili verò & Reformationi Noricæ, ut antea quoque habuimus, contraria, h. e. pluris aliquid in secundam uxorem, quam in liberos anterioris conjugii, contulit. Quia mox post nuptias celebratas Noribergam rediit, ibique civis decessit, quæri potest, num liberi, contra parentis defuncti pacta dotalia, hereditatis divisionem ex *l. hac edictali* & Reformatione Norica petere, & contra novercam obtinere possint?

§. XXI.

Incidunt hæc in difficilem illam, inter DDres jam olim, maximè verò inter modernos, valdè dubiam materiam: Si nempe negotium alibi inchoatum, alibi exitum habeat, utrius loci jura, (nam præsuppono ea diversa esse & pignantia,) servanda sint? Hujus rei decisionem & fundamentum generale quærunt in *l. ult. ff. de Jurisdic.* ex quâ sicuti certum est, jura provinciæ alicujus
extra

extra territorium non obligare: ita vicissim per argumentum à contrario sensu exinde deducitur, quod omnes, qui legislatori subiecti sunt, illius sancitis valide adstringantur. Imo, quod magis est, (in generalibus tantum hîc materiam istam expendimus,) non tantum, qui sunt in territorio habitantes, uno verbo, incolæ, verum etiam exteri, sive inter vivos, sive mortis causa quid agere velint, observare tenentur formam, quam Statuta locorum, ubi versantur, præscribunt; & ita perfectus aut imperfectus actus valebit, aut non valebit, ubique locorum: nam & Principes, & territoriorum dominos, ex quâdam, ut non immeritò opinantur quidam, Juris Gent. ratione, illud comiter agere decet, ut leges & jura populorum, intra eorum fines & territoria exercita, apud exteros quoque vim suam & auctoritatem retineant, vid. Gail. L. 2. O. 123. Sand. L. 4. tit. 1. def. 14. & arg. l. 7. §. 10. ibi: *cum incolæ non essent* &c. ff. de Interdict. & releg. Sed hæc tamen omnia non aliter vera sunt, quam quatenus alterius Imperantis potestati vel auctoritati nihil detrahitur. Possem, si opus esset, rem hanc multis exemplis demonstrare, tam ratione testamentorum, quàm etiam contractuum: quia tamen concludendum denique est, ne nimium excrescat Dissertatio nostra; hinc B. L. remitto ad summæ subtilitatis Jctum Huberum, in Prælectionibus suis ad w. tit. de LL. sub speciali rubrica: *De conflictu legum diversarum in diversis Imperiis* &c. juxta Gail. Rodenb. & Sand. ab ipso allegatos, omnium optimè intricatissimas hujus controversiæ subtilitates detegentem.

§. XXII.

Ut autem è diverticulo in viam adq; nostras quæstiones in specie redeamus, fortè primo intuitu videri posset alicui, secundum modo adductas regulas, in utroque casu proposito pro noverca pronunciandum, & divisionem bonorum ex Jure Saxonico, non attenta ratione Statuti Norici, concedendam esse, quia defunctus binubus, tempore & in loco, ubi secundæ uxori magis aliquid, quàm liberis, dedit vel promisit, id facere utique potuit, consuetudine Saxonica id permittente. Verum enim vero habemus non tantum de eodem fere casu expressum textum Juris Civ. in contrarium in l. 65. ff. de Judic.; sed etiam nimis directò & nimis manifeste hoc pertineret ad everisionem Reformationis Nori-

cæ, imo dixerim, ad læsionem jurium Superioritatis Territorialis, si talis sententia tolerari deberet. Nam NB. omnem effectum pacta dotalia quæstionis tantum in terris Noricis habere debent, ubi tamen derogatum est omnibus legi *hac edictali* adversantibus conventionibus, adeoque & illis, quæ alibi extra patriam nostram inita fuere: Cui præsertim accedit, quod Noribergam concedens, novis pactis dotalibus priora immutare possit, imo ea, quæ Legibus Noricis contraria sunt, tacite eo ipso immutet, quod nonnisi tanquam civis ac subditus legum Noricarum observantiæ se submittens, ibidem recipiatur. Quare verissimum mihi videtur, jurium loci Contractus his in casibus nullam rationem habendam; sed causam ex *l. hac edictali* & Reformatione laudata Norica esse terminandam; vid. omnino Huber. *c. l.* Hæc interim sunt, quæ pro instituti mei ratione, de practicabili hac materia, spero, sufficient. Plura namque hac vice non addo; sed, dum filum abrumbo, ad Summum illum rerum omnium Moderatorem & Arbitrum, pro concessa mihi in elaboratione Spiritus Sui Sancti gratia, devoto pectore ingemino:

*Sit Nomen DOMINI benedictum
in Sempiterna Secula!*



ERRATA NOTABILIORA.

Pag. 7. in §. 5. lin. 13. inverte literam C. ita: 3. ut contraria noter. Pag. 8. lin. 2. pro *Theophylactus*, lege *Theophilus*. Pag. 22. in §. 25. lin. 18. pro n. 179. pone 198. Pag. 26. lin. 21. pro Qu. 21. lege 31. Pag. 41. in §. 2. lin. 4. ante verb. *relinquere*, colloca: *nos*. Pag. 42. lin. 1. post verb. *excogitentur*, dele punctum, & pone comma. Pag. 45. inf. §. 7. pro Qu. 27. pone Qu. 25. Pag. 49. §. 13 lin. 7. dele voc. *inter*.

Prenner, Paul Christoph

Diss. inaug. iur. de portione filiali vitricorum vel novercarum

Altdorfium 1704

4 Diss. 774#Beibd.5

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10665791-6

VD18 15048683-001